

Der tatbestandsmäßige Aufbau der Verletzung der Aufsichtspflicht

- Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den
objektiven Strafbarkeitsbedingungen -

DISSERTATION

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Johannes-Gutenberg-Universität

in Mainz

von

JÜRGEN KALTOFEN

Gerichtsreferendar

1965

Der tatbestandsmäßige Aufbau der Verletzung der Aufsichtspflicht

Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den objektiven
Strafbarkeitsbedingungen

DISSERTATION

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

vorgelegt von
JÜRGEN KALTOFEN
Gerichtsreferendar

Mainz 1965



Hauptberichterstatter: Prof.Dr. N o l l

Mitberichterstatter: Prof.Dr.Lang-Hinrichsen

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Juli 1965

M E I N E N E L T E R N



Digitized by the Internet Archive
in 2026

III

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
I. EINLEITUNG	1
II. <u>1. Hauptteil:</u>	
DIE GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DES § 143 StGB	3
1. Das Straf- und Polizeistrafrecht der Länder im 19. Jahrhundert	3
2. Das RStGB vom 15. Mai 1871 (§ 361 Ziff. 4, 3. Alternative RStGB) und die Strafgesetz- Novelle vom 26. Februar 1876 (§ 361 Ziff. 9 RStGB a.F.)	21
3. Kritik des RStGB und Entwürfe von 1909 - 1936	31
4. Die ausserhalb des RStGB erfolgende Ausdeh- nung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen	39
5. Die Weiterentwicklung der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtspflichtigen in und nach dem zweiten Weltkrieg	42
III. <u>2. Hauptteil:</u>	
DER TATBESTANDSMÄSSIGE AUFBAU DES § 143 StGB	50
A. Das geschützte Rechtsgut des § 143 StGB	50
1. Notwendigkeit der Rechtsgutbestimmung	50
2. Die Aufsichtspflicht als ein Teil der tat- sächlichen Personenfürsorgepflicht des § 1631 I BGB	55
3. Vergleichende Betrachtung der §§ 170 d, 143 StGB	62
a. Das von § 170 d StGB geschützte Rechts- gut	65
b. Das von § 143 StGB geschützte Rechtsgut	68
B. Der positive Begriffsinhalt der objektiven Strafbarkeitsbedingungen	89
1. Notwendigkeit der Begriffsbestimmung	89
2. Abzulehnende Versuche der Rechtslehre, den Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedin- gungen in positiver Hinsicht zu bestimmen	93
3. Teleologische Begriffsbestimmung	100

	Seite
C. Die Auslegung des § 143 I, 1 StGB	117
1. Schliesst die Kausalität zwischen Aufsichtspflichtverletzung und "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen die Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung aus?	117
2. Die aus dem Rechtsgut und dem Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen gewonnene Auslegung des § 143 StGB	120
3. Kann diese Auslegung mit der geschichtlichen Entwicklung des § 143 StGB vereinbart werden?	124
a. Die geschichtliche Entwicklung bis zum Jahre 1940 spricht für diese Auslegung	124
b. Der Wille des historischen Gesetzgebers steht dieser Auslegung entgegen	129
c. Bei der Auslegung des § 143 StGB kommt dem Willen des Gesetzgebers heute keine entscheidende Bedeutung mehr zu	131
aa. Bindung des Gesetzgebers an den Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen	132
bb. Positivrechtliche Ausgestaltung der Aufsichtspflichtverletzung in den §§ 143, 361 Ziff. 9 StGB	134
4. Argumente für die Richtigkeit der aus dem Rechtsgut und dem Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen gewonnenen Auslegung des § 143 StGB	137
a. Die Ausgestaltung der Aufsichtspflichtverletzung im künftigen Strafrecht	137
b. Die Strafgesetzgebung des Auslandes	137
c. Die widersprüchliche Auffassung eines Teiles der herrschenden Lehre	138
d. Das sekundäre Rechtsgut des § 143 StGB	140
5. Ablehnung möglicher Gegenargumente	141
a. § 832 BGB	141
b. Die Strafdrohung des § 143 StGB	143
6. Ergebnis	146

	Seite
D. Stellungnahme zu abweichenden Ansichten der Rechtslehre	147
1. Die von Welzel und Maurach vertretene Auffassung	148
2. Die von Richard Lange vertretene Auf- fassung	151
3. Die Auffassung Schweikerts	154
4. Schlussergebnis	158

LITERATURVERZEICHNISZitierweise:

- Baumann Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch von Jürgen Baumann, 3. Aufl., Bielefeld 1964.
- Baumgarten Arthur Baumgarten: Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis, Tübingen 1913.
- Becker,
NJW 52 / S. ... Walter Becker: "Erziehungspflicht und Strafrecht" in Neue Juristische Wochenschrift 1952, S. 1082 f.
- Beitzke Günther Beitzke: Familienrecht. Ein Studienbuch, 12. Aufl., München u. Berlin 1964.
- Bemmann Günter Bemmann: Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 20, Göttingen 1957.
- Binding, Lb. I Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil von Karl Binding, Erster Band, 2. Aufl., Leipzig 1902.
- Binding,
Lb. II, 2 Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil von Karl Binding, Zweiter Band, 2. Abteilung, Leipzig 1905.
- Binding
Normen 1 Karl Binding: Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Dritte Aufl. Erster Band: Normen und Strafgesetze, Leipzig 1916.
- Blau
ZStW 64/S. ... Bruno Blau: "Die Kriminalität in Deutschland während des zweiten Weltkriegs" in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 64. Band (1952) / S. 31 - 81.
- Blei
FamRZ 61 / S. ... Hermann Blei: "Der Strafrechtsschutz von Familienordnung und Familienpflichten" in: Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) 1961/S. 137 - 147.
- Bockelmann
DR 42 / S. ... Paul Bockelmann: Anmerkung zu einem Urteil des Reichsgerichts vom 26. Januar 1942 - RG, 2. Str.Sen., 2 D 523/41 - in: Deutsches Recht 1942 / S. 787.
- Bockelmann
NJW 55/S. ... Paul Bockelmann: "Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?" in: NJW 1955/ S. 1417 - 1421.

- Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Strafrecht und Strafverfahren. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Straf- und Ordnungsrechts und des Straf- und Bußgeldverfahrens mit Erläuterungen, begründet von A. Dalcke, 37. Aufl. von Ernst Fuhrmann und Karl Schäfer, Berlin 1961.
- Dreher
ZStW 66/S. ... Eduard Dreher: "Bericht über die erste Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission vom 29. Juni bis 2. Juli 1954" in: ZStW 66 (1954) / S. 568 - 588.
- Dreher-Maassen Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen von Eduard Dreher und Hermann Maassen, 3. Aufl., München und Berlin 1959.
- Duensing Frieda Duensing: Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen. Ein Versuch zu ihrer strafgesetzlichen Behandlung, jur. Diss. Zürich 1903.
- Engisch,
Mezger-Festschrift, S. ... Karl Engisch: Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag am 15.10. 1953, herausgegeben von Karl Engisch und Reinhart Maurach, München und Berlin 1954, S. 127 - 163.
- Enn.-Lehmann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958.
- Erbs II Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, herausgeg. von Max Kohlhaas, bearb. von Georg Erbs u.a., Band II (Loseblattausgabe), Beck'sche Kurzkommentare Bd. 17, München und Berlin 1953 ff.
Die Bearbeiter der einzelnen Kommentarstellen sind in den Fussnoten vermerkt.
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, herausgegeben von Walter Erman, 3. Aufl., 2. Band (§§ 854 - 2385 BGB nebst Einführungsgesetz, u.a.), Münster 1962.
Die Bearbeiter der einzelnen Kommentarstellen sind in den Fussnoten vermerkt.
- Esser Josef Esser: Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1960.
- Frank (1) Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, herausgegeben und erläutert von Reinhard Frank, 1. Aufl., Leipzig 1897;

VIII

- Frank (5-7) 5. bis 7. Aufl., Tübingen 1908;
- Frank (18) 18. Aufl., Tübingen 1931.
- Giese-Kahler Clemens Giese, Walter Kahler: Das Deutsche
Tierschutzrecht, Bestimmungen zum Schutz
der Tiere. Erläutert nach amtlichen Unter-
lagen, 4. Aufl., bearb. von Clemens Giese,
Berlin 1951.
- Gleispach Wenzel Graf von Gleispach: Das Kriegsstra-
frecht, Teil III. Nr. 10 der Schriften der
Akademie für deutsches Recht, Gruppe Stra-
frecht und Strafverfahren, Stuttgart und
Berlin 1941.
- Henkel Heinrich Henkel: Strafverfahrensrecht. Ein
Lehrbuch. Stuttgart und Köln 1953.
- v. Hippel, Lb. Robert von Hippel: Lehrbuch des Strafrechts.
Berlin 1932.
- v. Hippel, Robert von Hippel: Deutsches Strafrecht.
Strafrecht 1. Band: Allgemeine Grundlagen, Berlin 1925.
- v. Hippel, Robert von Hippel: "Bettel, Landstreicherei,
Mon.f.Krim. Arbeitsscheu und Arbeitshaus im Vorentwurf"
Psych. 1910/11 in: Monatsschrift für Kriminalpsychologie
S. ... und Strafrechtsreform, 7. Jahrgang (1910/1911)
S. 449 - 470.
- Holtzendorff F. von Holtzendorff: "Einige Bemerkungen über
GerS 26 / S. ... die Nichtbestrafung jugendlicher Personen"
in: GerS. 26. Band (1874)/S. 401 - 412.
- Isermeyer Jürgen Isermeyer: "Die Vernachlässigung von
Fürsorge- und Erziehungspflichten nach
§ 170 d StGB", jur. Diss. Mainz 1956.
- Itin Raissa-Rosa Itin: "Der Schutz der Entwick-
lung des Kindes als ein Problem der Straf-
gesetzgebung", jur. Diss. Heidelberg 1913.
- Kantorowicz Hermann Kantorowicz: Tat und Schuld,
Zürich und Leipzig 1933.
- Kaufmann Arthur Kaufmann: Das Schuldprinzip. Eine
strafrechtlich-rechtsphilosophische Unter-
suchung, Heidelberger rechtswissenschaftli-
che Abhandlungen, Neue Folge, 9. Abhandlung,
Heidelberg 1961.
- Kipp Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet
von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und
Martin Wolff, 4. Band: Das Familienrecht
von Theodor Kipp und Martin Wolff, 7. Bear-
beitung, Marburg 1931.
- Klee K. Klee: "Übertretungen und gemeinschädli-
ches Verhalten" in: Reform des Strafrechts.
Kritische Besprechung des Amtlichen Ent-
wurfs eines Allgemeinen Deutschen Straf-
gesetzbuchs, Berlin und Leipzig 1926,
S. 381 - 404.

- Kohlrausch-
Lange (39/40) Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und
Nebengesetzen, 39. und 40. Aufl. von
Eduard Kohlrausch und Richard Lange,
Berlin 1950;
- Kohlrausch-
Lange (43) Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und
Nebengesetzen, 43. Aufl., bearbeitet
von Richard Lange, Berlin 1961.
- Kreutzahler Veit-Peter Kreutzahler: "Die Strafbar-
keit der Verletzung von Erziehungspflich-
ten", jur. Diss., Erlangen 1955.
- Lampe Ernst Joachim Lampe: "Täterschaft bei fahr-
lässiger Straftat" in: ZStW 71 (1959)/
S. 579 - 616.
- Lang-Hinrichsen Dietrich Lang-Hinrichsen: "Probleme der
Civitas 1963/S. . . strafrechtlichen Schuld und der Kriminolo-
gie" in: "Civitas", Jahrbuch für christli-
che Gesellschaftsordnung, Zweiter Band
(1963), S. 206 - 220.
- Lang-Hinrichsen Dietrich Lang-Hinrichsen: "Zur Frage der
GA 1957/S. . . Zurechnung von Folgen der Straftat bei der
Strafzumessung" in: Goltdammer's Archiv
für Strafrecht, Jahrgang 1957, S. 1 - 13.
- Lang-Hinrichsen Dietrich Lang-Hinrichsen: "Zur Krise des
ZStW 73/S. . . Schuldgedankens" in: ZStW 73 (1961)/
S. 210 - 236.
- Larenz Karl Larenz: Methodenlehre der Rechtswisser-
schaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960.
- Lehmann Heinrich Lehmann: Deutsches Familienrecht,
3. Aufl., Berlin 1900.
- Licht Werner Licht: "Die Verletzung der Aufsichts-
pflicht gegenüber der Jugend im Strafrecht
(§ 139 b StGB)", jur. Diss., Freiburg 1948.
- Liepmann Moritz Liepmann: Die Kriminalität der Jugend-
lichen und ihre Bekämpfung. Vortrag, gehalten
auf der "Versammlung norddeutscher Frauen-
vereine" am 11. September 1908 in Kiel,
Tübingen 1909.
- v. Liszt-
Schmidt Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Von
Franz von Liszt. 1. Band, Einleitung und
Allgemeiner Teil, 26. Aufl. von Eberhard
Schmidt, Berlin und Leipzig 1932.
- LK I (c) Grosskommentare der Praxis: Strafgesetzbuch
(Leipziger Kommentar). Begründet von Ludwig
Ebermayer, Adolf Lobe, Werner Rosenberg,
fortgeführt von Johannes Nagler, 8. Aufl.,
Erster Band: Einleitung und §§ 1 - 152. Her-
ausgegeben von Heinrich Jagusch und Edmund
Mezger, gemeinschaftlich mit August Schaefer
und Wolfhart Werner, Berlin 1957;

- LK II (6/7) 6. u. 7. Aufl., Band 2, enthaltend §§ 153-370, Einführungsgesetz. Herausgegeben von Johannes Nagler in Gemeinschaft mit Edmund Mezger, Hans Rohde, Erich Schinnerer, August Schaefer, Erhard Ziegler, Berlin 1951;
- LK II (8) 8. Aufl., II. Band: §§ 153 - 370 und Einführungsgesetz, herausgegeben von Heinrich Jagusch und Edmund Mezger, gemeinschaftlich mit August Schaefer und Wolfhart Werner, Berlin 1958.
- Lorz Naturschutz-, Tierschutz- und Jagdrecht. Fischerei- und Kulturpflanzenschutz, Kommentar von Albert Lorz, München und Berlin 1961.
- Luther Gerhard Luther: "Zur Problematik des § 170 d StGB" in: NJW 1954/S. 493 - 495.
- NJW 54/S. ...
- Maurach AT Reinhart Maurach: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Karlsruhe 1965.
- Maurach BT (1) Reinhart Maurach: Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil, Hannover-Darmstadt 1952.
- Maurach BT (2) Reinhart Maurach: Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1956.
- Maurach BT (3) 3. Aufl., Karlsruhe 1959.
- Maurach BT (4) 4. Aufl., Karlsruhe 1964.
- Maurach GR Reinhart Maurach: Grundriss des Strafrechts, Besonderer Teil, Wolfenbüttel und Hannover 1948.
- Maurer Hartmut Maurer: "Nochmals: Privatrechtliches Unterbringungsrecht, Teil II" in: FamRZ 1961/S. 248 f.
- FamRZ 61/S. ...
- Hellmuth Mayer Hellmuth Mayer: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953.
- M.E.Mayer Max Ernst Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1923.
- Meves Die Gesetzgebung des deutschen Reiches mit Erläuterungen, herausgegeben von Ernst Bezold, 3. Teil: Strafrecht, Band II, enthaltend: Die Strafgesetze-Novelle vom 26.2.1876, eingeleitet und kommentiert von Oscar Meves, Erlangen 1876.
- Mezger AT Edmund Mezger: Strafrecht. I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 9. Aufl., München und Berlin 1960.
- Mezger-Blei Strafrecht. I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch von Edmund Mezger, fortgeführt von Hermann Blei, 10. Aufl., München und Berlin 1963.

- Mezger BT Strafrecht. II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch von Edmund Mezger, fortgeführt von Hermann Blei, 8. Aufl., München und Berlin 1964.
- Mezger Lb. Edmund Mezger: Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin und München 1949.
- Ingo Müller Ingo Müller: Zum Begriff der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, jur. Diss., Hamburg 1962.
- Nagler Johannes Nagler: "Die Verletzung der Pflicht zur Fürsorge für Jugendliche" in: GerS 116 (1942)/S. 1 - 28.
- Nagler
GerS 113/S. ... Johannes Nagler: "Die subsidiäre Haftung für fremde Geldstrafen (Nachhaftung)" in: GerS 113 (1939)/S. 177 - 211.
- Nathan
NJ 52/S. ... Hans Nathan: "Das neue Jugendgerichtsgesetz" in: Neue Justiz 1952/S. 246 - 250.
- Neupert
DSr 1938/S. ... Neupert: "Die Übertretungs-Delikte des Reichstierschutzgesetzes" in: Deutsches Strafrecht 1938/S. 301 - 310.
- Niederreuther Niederreuther: "Die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht gegenüber Kindern im Strafrecht", in: Deutsche Justiz 1943/S. 114 - 118.
- Niese
NJW 49/S. ... Werner Niese: "Wahnverbrechen oder untauglicher Versuch bei falschen eidesstattlichen Versicherungen vor unzuständigen Behörden?", in: NJW 1949, S. 812 - 814.
- Niethammer Emil Niethammer: Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950.
- Noll Peter Noll: Die ethische Begründung der Strafe, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 244, Tübingen 1962.
- Notheis Johannes Notheis: "Die Wirkungen des verdrängten Gesetzes bei der unechten Konkurrenz", jur. Diss., Tübingen 1960.
- Olshausen
(II,6) Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von Justus Olshausen, 6. Aufl., 2. Band (§§ 201 - 370), Berlin 1901.
- Olshausen
(II,11) J. v. Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., 2. Band, Berlin 1927.
Die Bearbeiter der einzelnen Kommentarstellen sind in den Fussnoten vermerkt.
- Oppenhoff (4) Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 30. August 1871, erläutert durch Friedrich Oppenhoff, 4. Ausgabe, Berlin 1874;
- Oppenhoff (13) 13. Ausgabe, herausgegeben von Theodor Oppenhoff, Berlin 1896.

- Palandt Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 24. Aufl., Beck'sche Kurzkommentare, Band 7, München und Berlin 1965.
Die Bearbeiter der einzelnen Kommentarestellen sind in den Fussnoten vermerkt.
- Pauli H.A.Pauli: "Die Verletzung der Aufsichtspflicht und ihr Verhältnis zu anderen Strafbestimmungen", in: NJW 1960/S. 2229 f.
- Peters, S. ... Hans Peters: "Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule" in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Berlin 1960, S. 369 - 445.
- Pollack Vera Pollack: "Der strafrechtliche Schutz des Kindes. Nach dem geltenden Reichsstrafgesetzbuch und nach dem Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1927" (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 267), Breslau 1929.
- Radbruch Gustav Radbruch: "Zur Systematik der Verbrechenslehre" in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag am 16. August 1930, Band I, herausgegeben von August Hegler, Tübingen 1930, S. 158 - 173.
- Radbruch SchwZfStR Gustav Radbruch: "Tat und Schuld. Zu einem Buche von Hermann Kantorowicz" in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Revue Pénale Suisse) 51. Jahrgang (1937), S. 249 - 258.
- Radbruch VDB 5, S. ... Gustav Radbruch: "Aussetzung (§ 221 RStGB)" in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsreform. Besonderer Teil, V. Band: Verbrechen und Vergehen wider das Leben, Körperverletzung, Freiheitsdelikte, Berlin 1905, S. 185 - 203.
- RGRK-BGB Grosskommentare der Praxis: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., II. Band, 2. Teil: Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 705 - 853, Berlin 1960.
Die Bearbeiter der einzelnen Kommentarestellen sind in den Fussnoten vermerkt.
- Riedel Das Polizeistrafgesetzbuch für Bayern vom 26. Dezember 1871, herausgegeben und kurz erläutert von E. von Riedel, 3. Aufl., Nördlingen 1875.

- | | |
|--------------------------------------|--|
| Rietzsch | Freisler-Grau-Krug-Rietzsch: Deutsches Strafrecht, I. Band. 1. Aufl., Berlin 1941. |
| Rietzsch
DJ 43/S. ... | Otto Rietzsch: "Die Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft" in: Deutsche Justiz 1943/S. 228 - 230, 241 - 244. |
| Rittler,
Frank II, S. ... | Theodor Rittler: "Strafbarkeitsbedingungen" in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag am 16. August 1930, Band II, herausgegeben von August Hegler, Tübingen 1930, S. 1 - 26. |
| Rittler, Lb. | Theodor Rittler: Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., I. Band, Allgemeiner Teil, Wien 1954. |
| Rittler,
JZ 58/S. 189 | Theodor Rittler: Besprechung der Monographie von Günter Bemann: "Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit", in: Juristenzeitung 1958/S. 189. |
| Rüdorff | Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Mit Kommentar von Hans Rüdorff, 2. Aufl., Berlin 1877. |
| Sauer AT | Wilhelm Sauer: Allgemeine Strafrechtlehre. Eine lehrbuchmässige Darstellung. 3. Aufl. der "Grundlagen des Strafrechts", Berlin 1955. |
| Sauer BT | Wilhelm Sauer: System des Strafrechts. Besonderer Teil, Köln-Berlin 1954. |
| Sauer,
Grundlagen | Wilhelm Sauer: Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin und Leipzig 1921. |
| Sauer,
Mezger-Festschrift, S. ... | Wilhelm Sauer: "Die beiden Tatbestandsbegriffe. Zur Lehre von den äusseren Strafbarkeitsvoraussetzungen" in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag am 15. 10. 1953, herausgegeben von Karl Engisch und Reinhart Maurach, München und Berlin 1954, S. 117 - 126. |
| Schmidhäuser,
S. ... | Eberhard Schmidhäuser: "Objektive Strafbarkeitsbedingungen" in: ZStW 71 (1959)/S. 545 - 564. |
| Schmidt Lk I | Eberhard Schmidt: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I: Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Göttingen 1952; |
| Schmidt Lk II | Teil II: Erläuterungen zur Strafprozessordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung, Göttingen 1957. |

- Schneider-Neuenburg, JW 34/S. ... Schneider-Neuenburg: "Die Gesetzgebung des Jahres 1933 auf dem Gebiet des Strafrechts" in: Juristische Wochenschrift 1934/S. 257 - 262.
- Schönke Strafgesetzbuch. Kommentar von Adolf Schönke, 6. Aufl., München und Berlin 1952.
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, 12. Aufl., München und Berlin 1965.
- Schröder, ZStW 65/S. ... Horst Schröder: "Die Irrtumsrechtsprechung des BGH" in: ZStW 65 (1953)/S. 178 - 209.
- Schultheisz, SchwZfStR Emil Schultheisz: "Ein neues Verbrechensmerkmal" in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Revue Pénale Suisse), 64. Jahrgang (1949)/S. 338 - 354.
- Schultz Anna Schultz: "Der strafrechtliche Schutz des Kindes", jur. Diss., Heidelberg 1908.
- Schwalm, MDR 59/S. ... Georg Schwalm: "Der Stand der Strafrechtsreform" in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1959/S. 797 - 801; "Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?" in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1959/S. 906.
- Schwarz-Dreher Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, begründet von Otto Schwarz, fortgeführt von Eduard Dreher, 27. Aufl., Beck'sche Kurzkomentare, Band 10, München und Berlin 1965.
- Schwarze (2) Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. Von Friedrich Oskar Schwarze, 2. Aufl., Leipzig 1876;
- Schwarze (4) Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. Von Friedrich Oskar von Schwarze. 4. Aufl., Leipzig 1879;
- Schwarze (5) Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. Von Friedrich Oskar von Schwarze. 5. Aufl., Leipzig 1884.
- Schweikert, Tatbestand- lehre Heinrich Schweikert: Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 9, Karlsruhe 1957;
- Schweikert, ZStW 70/S. ... Heinrich Schweikert: "Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?" in: ZStW 70 (1958)/ S. 394 - 411.
- Siebert, DR 44/S. ... Wolfgang Siebert: "Die Entwicklung des deutschen Jugendrechts im Kriege" in: Deutsches Recht 1944/S. 868 - 876.

- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar, begründet von Theodor Soergel, neu herausgegeben von Wolfgang Siebert, 9. Aufl., II. Band: Einzele Schuldverhältnisse (§§ 453 - 853), Stuttgart 1962.
Die Bearbeiter der einzelnen Kommentarstellen sind in den Fussnoten vermerkt.
- Späth Günther Späth: "Die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht über Kinder und Jugendliche und ihre strafrechtliche Verfolgung durch § 139 b RStGB", jur. Diss., Tübingen 1946.
- Staudinger (9)-J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, IV. Band: Familienrecht, 2. Teil: §§ 1589 - 1921, erläutert von Theodor Engelmann, herausgegeben von Fritz Keidel, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1926.
- Stenglein I (4) M. Stengleins Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, Band I; 4. Aufl., Berlin 1911;
- Stenglein I (5) 5. Aufl., Berlin 1928;
Die Bearbeiter der einzelnen Kommenterstellen sind in den Fussnoten vermerkt.
- Stern Erich Stern: Jugendpsychologie. Eine Einführung in die Psychologie der Entwicklung von der Geburt bis zum Abschluss der Pubertät, 4. Aufl., Stuttgart 1950.
- Stratenwerth S. ... Günter Stratenwerth: "Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959" in: ZStW 71 (1959) S. 565-578.
- Stree, JUS 61, S. ... Walter Stree: "Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem" in: Juristische Schulung 1961, S. 50 - 53.
- Stree JUS 63, S. ... Walter Stree: "Probleme der Hehlerei und der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht" in: Juristische Schulung 1963, S. 427-433.
- Welzel Hans Welzel: Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 9. Aufl., Berlin 1965.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.F.	Alte Fassung
Altern.	Alternative
Amtsbl. Mil. reg. (Brit. Zone)	Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontrollgebiet.
Anhaltisches PolstG v. 1855	Polizei-Strafgesetz für das Herzogthum Anhalt-Dessau-Köthen vom 29. März 1855 (zitiert nach: Das Polizei-Strafgesetz für das Herzogthum Anhalt-Dessau-Köthen, unter Beifügung der darin angezogenen Gesetze und Artikel des Strafgesetzbuches abgedruckt und mit einem alphabetischen Sachregister versehen, Dessau 1855).
Bad. PolStGB v. 1863	Polizeistrafgesetzbuch für das Grossherzog- tum Baden vom 31. Oktober 1863 (Großherzog- lich Badisches Regierungsblatt, Einundsech- zigster Jahrgang, Karlsruhe 1863, S. 439 - 476).
Bayer. PolStGB v. 1861	Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 10. November 1861: Beilage II zum Gesetz vom 10. November 1861, die Ein- führung des Strafgesetzbuches und des Poli- zeistrafgesetzbuches für das Königreich Bayern betreffend (Gesetzblatt für das Königreich Bayern von den Jahren 1861 und 1862, München, Stück No. 24 vom 9. Januar 1862, Sp. 321 - 424).
Bayer. PolStGB v. 1871	Polizeistrafgesetzbuch für Bayern vom 26. December 1871 (Gesetzblatt für das König- reich Bayern von den Jahren 1871 - 1872, München, Stück No. 3 vom 29. December 1871, Sp. 9 - 80).
Bayer. StGB v. 1861	Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 10. November 1861: Beilage I zum Gesetz vom 10. November 1861, die Einführung des Strafgesetzbuches und des Polizeistrafge- setzbuches für das Königreich Bayern be- treffend (Gesetzblatt für das Königreich Bayern von den Jahren 1861 und 1862, München, Stück No. 24 vom 9. Januar 1862, Sp. 321 - 424).
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (Reichsgesetzblatt S. 195).
BGBI I u. II	Bundesgesetzblatt (ab 1950), Teil I und II.
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung, Band und Seite).
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

- BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung, Band und Seite).
- DJT 1904 (IV) Verhandlungen des Siebenundzwanzigsten Deutschen Juristentages (Innsbruck 1904), herausgegeben von dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation, Vierter Band (Stenographische Berichte), Berlin 1905.
- Drucksachen des Reichstags 1875/76, S. 165 (Drucksache Nr. 54) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags. 2. Legislaturperiode. III. Session 1875/76. Dritter Band: Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstags (Drucksachen Nr. 1 bis 239 und Sachregister) nebst Anhang (Petitionsverzeichnisse 1 bis 11), Berlin 1876.
- Dt. BTag, I. Wahlperiode, Drucksache Nr. 3713 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode 1949, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Drucksachen Nr. 3701 bis 3900 (20. Teil), Bonn 1952, Drucksache Nr. 3713.
- E 1913 Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums, Erster Teil: Entwurf der Strafrechtskommission (1913), Berlin 1921.
- E 1919 Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums, Zweiter Teil: Entwurf von 1919, Berlin 1920.
- E 1919 Denkschr. Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums, Dritter Teil: Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, Berlin 1921.
- E Radbruch 1922 Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922). Mit einem Geleitwort von Thomas Dehler und einer Einleitung von Eberhard Schmidt. Tübingen 1952.
- E 1925 Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums. Erster Teil: Entwurf. Berlin 1925.
- E 1925 Begr. Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums. Zweiter Teil: Begründung. Berlin 1925.
- E 1927 Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 mit Begründung und 2 Anlagen. Deutscher Reichstag, III. Wahlperiode, 1924/27, Drucksache Nr. 3390, ausgegeben am 19. Mai 1927, in: Verhandlungen des Reichstags, III. Wahlperiode, Anlagen Nr. 3257

- bis 3401 zu den Stenographischen Berichten. - Ein Nachdruck dieser sog. Reichstagsvorlage findet sich in: Materialien zur Strafrechtsreform, 4. Band, Bonn 1954.
- E 1930 Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930. Deutscher Reichstag, V. Wahlperiode 1930/32, Drucksache Nr. 395, ausgegeben am 6. Dezember 1930, in: Verhandlungen des Reichstags, V. Wahlperiode, Anlagen Nr. 1 bis 400 zu den Stenographischen Berichten, Berlin 1931
Dieser sog. "Entwurf Kahl" ist nachgedruckt in: Materialien zur Strafrechtsreform, 5. Band, Bonn 1954.
- E 1936 Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs (Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Lesung, 1935/36, zusammengestellt nach den Vorschlägen der Unterkommission - nach dem Stand vom 1. Juli 1936), Berlin-Tegel 1936.
- E 1960 Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) - E 1960 - mit Begründung, Bundesrat-Drucksache Nr. 270/60, Bonn 1960.
- E 1962 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) - E 1962 - mit Begründung - Bundesratsvorlage-, Bundesrat-Drucksache 200/62, Bonn 1962.
- EGStGB Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 16. April 1871 (Reichsgesetzblatt S. 63).
- GB1 DDR Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik (seit 1949).
- GE 1911 Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs. Aufgestellt von W. Kahl, K.v. Lilienthal, F.v.Liszt, J. Goldschmidt, Berlin 1911.
- GE 1911 Begr. Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs. Aufgestellt von W. Kahl, K.v.Lilienthal, F.v.Liszt, J. Goldschmidt. Begründung (Nebst einer Denkschrift, betreffend die Einarbeitung der Nebengesetze, von N.H.Kriegsmann), Berlin 1911.
- Gesetzsammlung Mil.reg. (Amerik. Zone) Sammlung der Gesetze, Verordnungen, Proklamationen und Befehle der Militärregierung Deutschlands und der Gesetze, Proklamationen, Befehle und Direktiven des Kontrollrats, amerikanische Zone, herausgegeben von Reinhard Anders, Karlsruhe, 1946 - 1949 (Loseblattausgabe).
- GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Bundesgesetzblatt S. 1).
- GVB1 Gesetz- und Verordnungsblatt.

- Hess. PolStG
v. 1855 Polizeistrafgesetz für das Großherzogtum
Hessen vom 30. October 1855 (Großherzoglich
Hessisches Regierungsblatt auf das Jahr
1855, Darmstadt, S. 449 - 534).
- Hess. StGB
v. 1841 Strafgesetzbuch für das Großherzogthum
Hessen vom 17. September 1841 (Großherzoglich
Hessisches Regierungsblatt auf das Jahr
1841, Darmstadt, S. 409 - 519).
- Juristentagung
1946 Bericht über die zweite interzonale Tagung
der Leiter des Justizwesens und Vertreter
der Rechtswissenschaft, veranstaltet vom
hessischen Justizminister Zinn vom 3. bis
6. Dezember 1946 in Wiesbaden, in: Deutsche
Rechts-Zeitschrift (DRZ) 1947/ S. 27 - 30.
- JVO Verordnung zur Ergänzung des Jugendstraf-
rechts ("Jugendstrafrechtergänzungsverord-
nung") vom 4. Oktober 1940 (RGBI I, S. 1336).
- JWG Gesetz für Jugendwohlfahrt vom 11. August
1961 (Bundesgesetzblatt Teil I, S. 1206),
Neubekanntmachung des Reichsgesetzes für
Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 (Reichs-
gesetzblatt Teil I, S. 633).
- n.F. Neue Fassung
- Niederschriften (V) Niederschriften über die Sitzungen der
Grossen Strafrechtskommission, 5. Band:
Allgemeine Fragen zum Besonderen Teil,
53. bis 58. Sitzung, Bonn 1958.
- OGHSt DDR Entscheidungen des Obersten Gerichts der
Deutschen Demokratischen Republik in Straf-
sachen (Band, Seite).
- Preuß. FDG
v. 1878 Gesetz vom 15. April 1878, betreffend den
Forstdiebstahl (Gesetz-Sammlung für die
Königlichen Preussischen Staaten, 1878,
Berlin, S. 222 - 229).
- Preuß. FFPG
v. 1880
(bzw. 1926) Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April
1880 (Gesetz-Sammlung für die Königlichen
Preussischen Staaten, 1880, Berlin, S. 230 -
251); das Preuß. FFPG v. 1880 wurde geän-
dert durch die Bekanntmachung vom 21.
Januar 1926, betreffend die geänderte Fas-
sung des Feld- und Forstpolizeigesetzes
(Preussische Gesetzsammlung 1926, Berlin,
S. 83 - 178).
- Preuß. HDG
v. 1852 Gesetz, den Diebstahl an Holz und anderen
Waldprodukten betreffend, vom 2. Juni 1852
(Gesetz-Sammlung für die Königlich-Preußi-
schen Staaten, 1852, Berlin, S. 305 - 318).

Preuß. StGB v. 1851	Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851 (Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten, 1851, Berlin. S. 101 - 178).
PVO	Polizeiverordnung.
RG	Reichsgericht.
RGB1 (I u. II)	Reichsgesetzblatt (1871 - 1945; ab 1922 Teil I und Teil II).
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Amtliche Sammlung, Band und Seite).
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung, Band und Seite).
RStGB od. StGB	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 (Reichsgesetzblatt S. 127 - 205).
Sachsen-Alten- bg. HDG v. 1870	Gesetz vom 24. Dezember 1870, den Diebstahl an Holz und anderen Waldprodukten, ingleichen verschiedene wald- und feldpolizeiliche Bestimmungen betreffend (Gesetz-Sammlung für das Herzogthum Sachsen-Altenburg auf das Jahr 1870, Altenburg, S. 188 - 196).
Stenograph. Berichte 1875/76	Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags. 2. Legislaturperiode. III. Session 1875/76, Zweiter Band, Berlin 1876.
VE 1909	Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigen-Kommission. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizamts. Berlin 1909.
VE 1909 Begr.	Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Begründung. Allgemeiner Teil und Besonderer Teil. Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigen-Kommission. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizamts. Berlin 1909.
Württ. PolStG v. 1839	Polizei-Strafgesetz für das Königreich Württemberg vom 2. Oktober 1839 (Regierungs-Blatt für das Königreich Württemberg vom Jahr 1839, Stuttgart, S. 611 - 649).

I.

E I N L E I T U N G

Die Straftat i.S. des § 143 I,1 ¹⁾ - Vernachlässigung der Aufsichtspflicht über Kinder und Jugendliche - ist in zweifacher Hinsicht von besonderem rechtstheoretischem Interesse: Zum einen herrscht Streit über den tatbestandsmässigen Aufbau des § 143 I,1 und zum anderen ist diese Vorschrift im geltenden materiellen Strafrecht der einzige Fall formeller absoluter Subsidiarität ²⁾.

Diese Arbeit versucht, den tatbestandsmässigen Aufbau des § 143 I,1 zu klären. In der Rechtslehre gehen die Meinungen darüber auseinander, ob die "von dem Kind oder Jugendlichen begangene, mit Strafe bedrohte Verbrechens- oder Vergehenshandlung, die der Aufsichtspflichtige durch gehörige Aufsicht hätte verhindern können", zum Tatbestand des § 143 I,1 gehört, oder ob sich die Tatbestandshandlung in dem bloßen Vernachlässigen der Aufsichtspflicht erschöpft und die Straftat des Aufsichtsbefohlenen somit nur eine objektive Strafbarkeitsbedingung ist. Wie gross die Unsicherheit ist, zeigt sich besonders deutlich bei Maurach. In seinem 1948 erschienenen Grundriss bezeichnete er die durch gehörige Aufsicht abwendbare, mit Strafe bedrohte Verbrechens- oder Vergehenshandlung des Aufsichtsbefohlenen als eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ³⁾. 1952 verwarf er diese Ansicht in der 1. Auflage seines Strafrechtslehrbuches, Besonderer Teil, und betrachtete dieses Merkmal als eine blosser Erfolgsqualifikation eines selbständigen kriminellen Grundtatbestandes ⁴⁾, als welchen er das reine Unterlassen der gehörigen Beaufsichtigung ansah. Aus der objektiven Bedingung der Strafbarkeit hatte Maurach eine qualifizierendes Tatbestandsmerkmal gemacht, auf das sich -

1) Paragraphen ohne nähere Bestimmung sind solche des StGB.

2) So: Baumann, S. 509; Notheis, S. 17,129.

3) So: Maurach GR, S. 130.

4) So: Maurach BT (1), S. 330.

vor Einführung des § 56 - die Schuld des Täters nicht zu beziehen brauchte. Auch diese Ansicht gab Maurach jedoch in der 1956 erschienenen 2. Auflage seines Strafrechtslehrbuches, Besonderer Teil, wieder auf ¹⁾. Er vertritt nunmehr die Auffassung ²⁾, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 143 sei, dass die schuldhaft Vernachlässigung der Aufsichtspflicht zu einer kriminellen Verwahrlosung oder wenigstens kriminellen Gefährdung des Aufsichtsbefohlenen geführt habe, wobei die durch gehörige Aufsicht abwendbare Unrechthandlung des Aufsichtsbefohlenen lediglich ein objektives, gesetzliches Indiz dieser Verwahrlosung oder Gefährdung sei. Diese Auffassung hatte Maurach noch in der 1. Auflage mit der Begründung abgelehnt, dass sie "eine von der ratio legis (des § 143) nicht gewollte Einschränkung des Tatbestandes bedinge" ³⁾. In der 1964 erschienen 4. Auflage seines Strafrechtslehrbuches, Besonderer Teil, hält er jedoch an dieser Ansicht fest, da "sie den Tatbestand des § 143 in vertretbarer Weise begrenze" ⁴⁾.

§ 143 ist keine Neuschöpfung des Gesetzgebers, sondern hat eine fortlaufende Entwicklungsgeschichte hinter sich, die bei der Auslegung dieser Vorschrift berücksichtigt werden muss ⁵⁾. Daher erscheint es geboten, zunächst die geschichtliche Entwicklung darzustellen, die der Schaffung des § 143 vorausgegangen ist.

1) Vgl.: Maurach BT (2), S. 368.

2) Vgl.: Maurach BT (2), a.a.O., und BT (3), S. 375 und BT (4), S. 401.

3) Vgl.: Maurach BT (1), S. 331.

4) Vgl.: Maurach BT (4), a.a.O.

5) Vgl.: unten S.

II. 1. Hauptteil: DIE GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DES § 143.

1. Das Straf- und Polizeistrafrecht der deutschen Länder kennt im vorigen Jahrhundert im allgemeinen keine dem § 143 entsprechenden Tatbestände, welche aufsichtspflichtige Personen mit Strafe bedrohen, wenn ihrer Aufsicht unterstehende Kinder oder Jugendliche infolge nachlässiger Beaufsichtigung strafbare Handlungen verüben. Durch verschiedene Einzelbestimmungen erfasst jedoch das Landesrecht auch die pflichtwidrige Nichtüberwachung von Kindern und Jugendlichen. So gibt es z.B. Straftatbestände ¹⁾, die den Aufsichtspersonen eine Übertretungsstrafe androhen, wenn sie gewalt-

1) Als Beispiele seien angeführt:

Art. 21 Württ. PolStG von 1839:

"(I) Das Betteln wird, sofern das Vergehen nicht nach Art. 198 des Strafgesetzbuchs zur gerichtlichen Aburtheilung sich eignet, erstmals mit Arrest bis zu drei Tagen, und wenn dasselbe unter erschwerenden Umständen, z.B. durch Eingehen in fremde Häuser, Ausziehen in andere Orte, Vorzeigung von Bettelbriefen, oder in verabredeter Gemeinschaft geschieht, mit Arrest bis zu acht Tagen geahndet.

...
(III) Vorstehenden Bestimmungen unterliegt auch derjenige, welcher die seiner Gewalt oder Pflege untergebenen Personen nicht vom Betteln abhält.

..."
§ 341 I Preuß. StGB von 1851:

"Wer bittelt oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt, oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterlässt, wird mit Gefängniß bis zu sechs Wochen bestraft".

Art. 98 Hess. PolStG von 1855:

"Diejenigen, welche das Betteln der in ihrer Gewalt oder Pflege befindlichen Kinder oder anderen Personen, wenn sie deßhalb bereits von der Polizeiverwaltungsbehörde verwahrt worden sind, nicht verhüten, obgleich sie es hätten verhindern können, werden mit Geldbuße von einem bis zwanzig Gulden oder mit Gefängniß bis zu vierzehn Tagen bestraft".

Art. 89 Bayer. PolStGB von 1861:

"Wer bittelt oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterlässt, wird mit Arrest bis zu acht Tagen bestraft. ...".

oder pflegebefohlene Personen nicht vom Betteln abhalten. Diese Straftatbestände machen also den Gewalthaber für eine unrechtmässige Handlung verantwortlich, die eine gewaltunterworfenen Person begangen hat.

Das Polizeistrafrecht der Länder enthält darüber hinaus Bestimmungen, die denjenigen bestrafen, der seiner Gewalt und Aufsicht unterstehende Personen in bezug auf die Aufsicht "verwahrlost", d.h. nachlässig behandelt, und damit die ihm obliegende Aufsichtspflicht vernachlässigt ¹⁾. Die Straftatbestände, die das Nichtabhalten vom Betteln unter eine Kriminal- oder Polizeistrafe stellen, bestrafen den Gewalthaber, weil er durch die nicht gehörige Beaufsichtigung schuldhaft zu einer mit Strafe bedrohten Handlung beigetragen hat, und machen ihn somit für eine Störung der öffentlichen Ordnung durch Unmündige verantwortlich. Demgegenüber sprechen die vorstehenden Polizeistraftatbestände keine Haftung des Gewalthabers für das polizeiwidrige

...§ 66 Bad. PolStGB von 1863:

"Wer bettelt oder die seiner Gewalt oder Aufsicht untergebenen Personen zum Betteln veranlasst, oder davon abzuhalten unterlässt, wird mit Gefängnis bis zu 4 Wochen bestraft".

- 1) So z.B. Art. 92 des Polizeistrafgesetzes für das Herzogthum Anhalt vom 29. März 1855 (vgl. folgende Textausgabe dieses Gesetzes: Das Polizei-Strafgesetz für das Herzogthum Anhalt-Dessau-Köthen, unter Beifügung der darin angezogenen Gesetze und Artikel des Strafgesetzbuches abgedruckt und mit einem alphabetischen Sachregister versehen, Dessau 1855):

"Wer ihm angehörige oder ihm anvertraute Kinder, Kranke, Gebrechliche, Blödsinnige oder andere dergleichen Personen, welche sich selbst zu leiten und zu helfen unvermögend sind, in Beziehung auf Schutz, Aufsicht, Verpflegung oder ärztlichen Beistand in gröblicher Weise verwahrlost, oder den hierauf bezüglichen besonderen polizeilichen Anordnungen zuwiderhandelt, wird mit Geldbuße von 10 bis 50 thlrn., oder Gefängnis von vierzehn Tagen bis sechs Wochen bestraft".

Gleichartige Tatbestände sind ferner Art. 138 Bayer. PolStGB von 1861, § 98 Bad. PolStGB von 1863, Art. 81 Bayer. PolStGB von 1871.

Verhalten dritter Personen aus. Sie bestrafen ihn vielmehr, weil er die Beaufsichtigung, Verpflegung oder den Schutz der ihm anbefohlenen Personen in einer groben (Art. 92 Anhaltisches PolStG v. 1855), öffentliches Ärgernis erregenden Weise (Art. 138 Bayer. PolStGB v. 1861, § 98 Bad. PolStGB v. 1863) vernachlässigt hat. Dabei ist es gleichgültig, ob sich auch die vernachlässigten Personen polizeiwidrig verhalten und sich der Gewalthaber daher auch an einer Störung der öffentlichen Ordnung durch diese Personen mitschuldig gemacht hat ¹⁾. Daraus folgt, dass diese Bestimmungen eher polizeistrafrechtliche Vorgänger des § 170 d ²⁾ als solche des heutigen § 143 sind. Dafür spricht auch, dass Art. 81 Bayer. PolStGB von 1871 das in Art. 138 Bayer. PolStGB von 1861 enthaltene Erfordernis - Erregung eines öffentlichen Ärgernisses durch die Vernachlässigung der Sorgepflichten - aufgehoben und damit das Interesse des Schutzbefohlenen, der durch die ungenügende Beaufsichtigung, Verpflegung oder Beschützung in seiner sittlichen, geistigen oder körperlichen Entwicklung geschädigt werden könnte, in den Vordergrund gestellt hat ³⁾.

-
- 1) Die Ansicht Kreutzhalters, S. 62, dass auch diese Polizeistrafbestimmungen von dem Gedanken der Störung der öffentlichen Ordnung durch Unmündige ausgehen, ist daher verfehlt.
 - 2) So auch: Kreutzhalters, S. 109. Neben dem Polizeistraftatbestand des Vernachlässigens der Sorgepflichten kennen die Strafgesetzbücher einiger Länder noch Tatbestände, die denjenigen bestrafen, der sich der Erfüllung der Sorgepflichten völlig entzieht. Vgl. z.B. Art. 286, 291 Hess. StGB v. 1841.
 - 3) Vgl. Riedel, Anm. zu Art. 81 Bayer. PolStGB von 1871, nach dem "diese Vorschrift nunmehr im Interesse jener hilflosen Unglücklichen nicht mehr voraussetzt, dass die Verwahrlosung ein öffentliches Ärgernis erregt hat". Die Vernachlässigung der Fürsorgepflichten wurde jedoch zunächst nicht im Interesse des Fürsorgebedürftigen unter Strafe gestellt, sondern ursprünglich nur als eine - durch den Fürsorgepflichtigen verursachte - Störung der öffentlichen Ordnung geahndet. Diese Strafbestimmungen sollten das Staatswesen davor bewahren, sich der verwahrlosten Kinder nachlässiger Eltern annehmen zu müssen; vgl. Duensing, S. 9.

Dem heutigen § 143 näher stehen jedoch diejenigen landesrechtlichen Bestimmungen, nach denen der Gewalthaber hilfsweise für die strafrechtliche Folge der von einem gewaltunterworfenen Hausgenossen begangenen Straftat aufkommen muss, bzw. nach denen die Strafrechtsfolge nicht dem Täter, sondern unmittelbar dem Gewalthaber auferlegt wird. Eine solche Haftbarkeit des Gewalthabers tritt nach dem Landesstrafrecht dann ein, wenn seiner Gewalt und Aufsicht unterstehende Haushaltungsangehörige bestimmte, vom Landesstrafrecht unter Kriminal- oder Polizeistrafe gestellte Forst-, Feld-, Jagd-, Fischerei-, Zoll- und Steuerdelikte verüben ¹⁾.

-
- 1) Als Beispiele sind die folgenden Bestimmungen angeführt, die eine solche Haftbarkeit des Gewalthabers für Forst- und Feldpolizeistraftaten seiner Familien- oder Haushaltungsangehörigen aussprechen.

§ 10 Preuß. HDG v. 1852:

"Für die Geldbußen, den Werthersatz und die Kosten, zu denen Personen verurtheilt werden, welche unter der Gewalt und Aufsicht oder in Diensten eines Anderen stehen und zu dessen Hausgenossenschaft gehören, ist dieser im Falle ihres Unvermögens als verhaftet zu erklären, und zwar unabhängig von der ihn etwa selbst treffenden Strafe. Die Haftbarkeit wird nicht ausgesprochen, wenn derselbe den Beweis führt, dass der Diebstahl nicht mit seinem Wissen verübt ist".

Auch nach Einführung des RStGB konnte der Landesgesetzgeber nach § 2 EGStGB Bestimmungen schaffen, die den Holzdiebstahl und die Forst- und Feldpolizeiübertretungen einer besonderen strafrechtlichen Regelung unterwerfen. Das Preuß. FDG v. 1878, das an die Stelle des Preuß. HDG v. 1852 trat, bestrafte daher den Forstdiebstahl besonders und machte den Gewalthaber in §§ 11, 12, 13 IV für die Forstdiebstahlsdelikte gewaltunterworfener Personen haftbar.

§ 11

"Für die Geldstrafe, den Werthersatz und die Kosten, zu denen Personen verurtheilt werden, welche unter der Gewalt, der Aufsicht oder im Dienst eines Anderen stehen und zu dessen Hausgenossenschaft gehören, ist letzterer im Falle des Unvermögens der Verurtheilten für haftbar zu erklären, und zwar unabhängig von der etwaigen Strafe, zu welcher er selbst auf Grund dieses Gesetzes oder des § 361 Nr. 9 des Strafgesetzbuchs verurtheilt wird. Wird festgestellt, dass die Tat nicht mit seinem Wissen verübt ist, oder dass er sie nicht verhindern konnte, so wird die Haftbarkeit nicht ausgesprochen".

Diese landesrechtlichen Kriminal- oder Polizeistrafbestimmungen unterscheiden zwei verschiedene Fälle der Haftbarkeit des Gewalthabers.

..

§ 12

"Hat der Thäter noch nicht das zwölfte Lebensjahr vollendet, so wird derjenige, welcher in Gemäßheit des § 11 haftet, zur Zahlung der Geldstrafe, des Werthersatzes und der Kosten als unmittelbar haftbar verurtheilt. - Dasselbe gilt, wenn der Thäter zwar das zwölfte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte und wegen Mangels der zur Erkenntniß der Strafbarkeit seiner That erforderlichen Einsicht freizusprechen ist, oder wenn derselbe wegen eines seine freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustandes straffrei bleibt".

§ 13 Abs. IV:

"Gegen die in Gemäßheit der §§ 11 und 12 haftbar Erklärten tritt an die Stelle der Geldstrafe eine Gefängnisstrafe nicht ein".

Die gleiche Regelung trifft § 5 Preuß. FFPG v. 1880 für Forst- und Felddiebstähle, bei denen der Wert des Entwendeten 10 Mark nicht übersteigt, sowie für sonstige Feld- und Forstpolizeiübertretungen: § 5 Abs. I, II und III FFPG v. 1880 entsprechen §§ 11, 12 und 13 IV FDG v. 1878. Das Preuß. FFPG v. 1880 wurde 1926 geändert: § 3 FFPG v. 1926 entspricht jedoch im wesentlichen dem § 5 FFPG v. 1880.

... Für alle Felddiebstahlsdelikte bestimmte Art. 288 Bayer. StGB v. 1861:

"In den Fällen der Art. 284 - 287 sind Ehemänner, Familienhäupter und Dienstherrschaften für Geldstrafe und Kosten, vorbehaltlich des Rückgriffs auf den Thäter, wo ein solcher statthaft ist, haftbar, wenn die strafbare That durch die bei ihnen wohnenden Ehefrauen, Kinder, Pflegebefohlenen, Dienstboten, Gesellen oder andere in derselben Familiengemeinschaft lebende unselbständige Personen mit ihrem Wissen verübt ist oder wenn dieselbe durch gehörige Aufsicht hätte verhindert werden können". Nach Einführung des RStGB ordnete Art. 122 II, III Bayer. PolStGB v. 1871 nur noch für geringfügige Felddiebstahlsdelikte und andere Feldfrevel eine Haftbarkeit der Gewalthaber an:

"(II) Ausserdem haften Eltern, Pflegeeltern und Dienstherrschaften, soferne die von ihren im elterlichen Hause sich aufhaltenden Kindern oder Pflegekindern oder von ihren Dienstboten begangenen, in den Artikeln 112, 113 und 115 erwähnten Feldfrevel zu ihrem Vortheile ge-
reichen, für die Kosten, Geldbußen und Entschädigungen.

In einem Fall muss der Gewalthaber für die Geldstrafe und die Verfahrenskosten, zu deren Zahlung der gewalt- und aufsichtsunterworfenen Hausgenosse verurteilt worden ist, dann aufkommen, wenn der Hausgenosse sie infolge Vermögenslosigkeit nicht erbringen kann. Diesen Bestimmungen, die eine hilfsweise Haftung der Gewalthaber anordnen, liegen verschiedene gesetzgeberische Motive zugrunde. Die subsidiäre Haftung für fremde Geldstrafen soll die Gewalthaber in erster Linie dazu anhalten, drohende Rechtsverletzungen der ihrer Gewalt unterstehenden Hausgenossen durch aufmerksame Beaufsichtigung derselben so weit wie möglich zu verhindern und rechtzeitig zur Abwehr drohender Rechtsverletzungen einzuschreiten ¹⁾. Diese Bestimmungen dienen also vor allem der Verhütung von Kriminal- oder Polizeistraf-taten und damit dem Schutz der öffentlichen Ordnung ²⁾.

.. (III) Kann die Geldstrafe gegen den Thäter nicht vollstreckt werden, so ist sie von den gemäss Abs. II hierfür haftbaren Personen einzuziehen; sind auch diese unvermögend, so wird die Geldstrafe gegenüber dem Verurtheilten in Haft umgewandelt".

Vgl. ferner noch §§ 13, 14 Sachsen-Altenbg. HDG v. 1870:

§ 13

"Für die Geldbuße und den Werth- und Schadenersatz, zu denen Personen verurtheilt werden, welche unter der Gewalt und Aufsicht oder in Diensten eines Anderen stehen und zu dessen Hausgenossenschaft gehören, ist dieser im Falle ihres Unvermögens, und zwar unabhängig von der ihn etwa selbst treffenden Strafe, für verhaftet zu erklären, sofern der Diebstahl mit seinem Wissen verübt, oder das Entwendete mit seinem Wissen in seinen Nutzen verwendet worden ist".

§ 14

"Wenn wegen jugendlichen Alters oder wegen Mangels der zur Erkenntniß der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht eine strafrechtliche Verfolgung gegen den Angeschuldigten nicht eintritt, resp. eine Freisprechung desselben erfolgt (§§ 55 und 56 des Bundesstrafgesetzbuches), so ist statt desselben derjenige, welcher nach § 13 dieses Gesetzes haftet, zur Zahlung der Geldbuße und des Werth- und Schadenersatzes unmittelbar als haftbar zu verurtheilen".

1) Nagler, GerS 113/S. 180; Jagusch in LK I (8) Vorbem. A III 3. b.) vor § 13, S. 92.

2) Vgl. Nagler a.a.O.

Ausserdem sollen diese Bestimmungen unterbinden, dass der Gewalthaber, anstatt die Straftat selbst zu begehen, einen seiner Gewalt unterstehenden, zahlungsunfähigen Hausgenossen vorschickt und diesen die Straftat begehen lässt, während er selbst intellektueller Urheber dieser Straftat ist, aber nicht überführt werden kann ¹⁾.

Verüben gewalt- und aufsichtsunterworfenen, dem Haushalt des Gewalthabers angehör-ende Personen unter Kriminalstrafe gestellte Forst- oder Felddiebstähle oder bestimmte, polizeilicher Bestrafung unterliegende Forst- oder Feldfrevel, so liegt die Vermutung nahe, dass der Gewalthaber an der Begehung dieser Straftaten mitgewirkt oder ihre Begehung zumindest wissentlich geduldet oder durch schlechte Aufsichtsführung in fahrlässiger Weise gefördert hat ²⁾. Die eine subsidiäre Haftbarkeit des Gewalthabers aussprechenden landesrechtlichen Bestimmungen gehen daher zumeist von einer widerlegbaren Schuldvermutung hinsichtlich der Nichtverhinderung des vom gewaltunterworfenen Hausgenossen begangenen Delikts aus ³⁾. Sie knüpfen demnach die subsidiäre Haftbarkeit des Gewalthabers zunächst ohne weiteres an die Verurteilung des Hausgenossen. Die hilfsweise Haftung des Gewalthabers kann jedoch dadurch beseitigt werden, dass dieser einen Entschuldigungsbeweis erbringt und so die Schuldvermutung widerlegt. Nach § 10 II Preuß. HDG v. 1852 kann die Schuldvermutung nur durch den Nachweis ausgeräumt werden, dass die Straftat des Hausgenossen ohne Wissen des subsidiär haftbaren Gewalthabers verübt worden ist. In anderen Fällen - § 11 II Preuß. FDG, § 5 I Preuß. FFPG v. 1880 bzw. § 3 I Preuß. FFPG v. 1926 - kann die Schuldvermutung durch die Feststellung widerlegt werden, dass die Straftat

1) Vgl. Nagler, a.a.O.; Jagusch, a.a.O.

2) Vgl. Nagler, GerS 113/ S. 181; Späth, S. 53.

3) So: Nagler, a.a.O., S. 182 und 187 Fn. 9; vgl. auch Späth, S. 52; RGSt 21/331 (332); 63/294 (297); 54/75 (76); 67/32 (33).

nicht mit Wissen des Gewalthabers begangen worden ist, oder dass er sie nicht verhindern konnte. Lässt sich jedoch nicht feststellen, ob diese Entschuldigungsgründe gegeben sind oder nicht, so geht dieser Zweifel zu Lasten des Gewalthabers, der auf Grund der Schuldvermutung dennoch hilfsweise für die vom Hausgenossen verwirkte Geldstrafe haften muss. Art. 288 Bayer. StGB v. 1861 und § 13 Sachsen-Altenbg. HDG v. 1870 gehen demgegenüber nicht von einer widerlegbaren Schuldvermutung aus. Sie verlangen vielmehr zur Entstehung der subsidiären Haftung des Gewalthabers positiv, dass er hinsichtlich der Begehung der Straftat durch den seiner Gewalt unterstehenden Hausgenossen schuldhaft gehandelt hat ¹⁾, und daher von der Begehung der Straftat gewusst (Art. 288 Bayer. StGB, § 13 Sachsen-Altenbg. HDG) oder ihr durch nachlässige Aufsichtsführung Vor-schub geleistet hat (Art. 288 Bayer. StGB). Kann dies nicht positiv festgestellt werden, so tritt eine subsidiäre Haft-barkeit des Gewalthabers nicht ein. Ein Zweifel wirkt sich somit zugunsten des Gewalthabers aus. Daneben rechtfertigt § 13 Sachsen-Altenbg. HDG die hilfsweise Haftung des Ge-walthabers noch mit dem Ausgleichsgedanken. Danach soll der Vorteil, den auch der Gewalthaber aus der von dem gewalt-unterworfenen Hausgenossen begangenen Straftat gezogen hat, dadurch ausgeglichen werden, dass er hilfsweise für die von dem Täter verwirkte Geldstrafe aufkommen muss. Art. 122 II Bayer. PolStGB v. 1871 verlangt dagegen keine positive Schuldfeststellung und geht, da er keinen Entlastungsbeweis zulässt, auch nicht von einer widerlegbaren Schuldvermutung aus. Dennoch spricht diese Vorschrift keine streng objektive, auf Grund einer unwiderleglichen Schuldvermutung eintreten-de Haftung des Gewalthabers aus. Indem Art. 122 II Bayer. PolStGB wenigstens verlangt, dass der Gewalthaber einen Vor-teil aus der Tat erlangt hat, mischt sich hier ein gewisser Schuldverdacht mit dem Ausgleichsgedanken ²⁾.

1) Nagler bezeichnet solche Vorschriften als Bestimmungen, die eine positive Schuldfeststellung erfordern; vgl. a.a.O./S. 181, 187 Fn. 9.

2) So: Nagler, a.a.O.

Zur Zeit der Aufstellung dieser landesrechtlichen Bestimmungen war die Rechtsnatur der hilfswaisen Geldstrafenhaftung des Gewalthabers äusserst umstritten.

Ursprünglich herrschte die Auffassung vor ¹⁾, dass es sich bei der hilfswaisen Haftung des Gewalthabers für die Geldstrafe und die Verfahrenskosten, zu deren Zahlung der gewaltunterworfenen Hausgenosse im Strafverfahren verurteilt worden ist, um eine bürgerlich-rechtliche ^{gesetzliche} Bürgschaft handele. Nach dieser Ansicht muss der Gewalthaber als ein zivilrechtlicher Bürge für die rechtskräftig gegen den Hausgenossen verhängte Geldstrafe aufkommen, zu der anhangsweise noch die Prozesskosten hinzutreten ²⁾. Für diese Auffassung

1) Vgl. Nägler, GerS 113/S. 183 f. und die dort angegebene Literatur.

2) Diese Auffassung liegt erkennbar Art. 68 Bayer. Forst-Gesetz vom 28. März 1852 (Gesetzblatt für das Königreich Bayern von den Jahren 1851 und 1852, München, Stück Nr. 13 vom 2. April 1852, Sp. 69-162) zugrunde: "Als civilverantwortlich sind ausser dem Forstfrevler vorzuladen und als haftbar für Geldstrafe, Werth- und Schadenersatz, dann für die Kosten, - vorbehaltlich des Rückgriffes, wo ein solcher statt hat, mit zu verurtheilen:

...
2. die Väter und nach ihrem Tod die Mütter wegen der Frevel der bei ihnen wohnenden und noch verheiratheten Kinder (leibliche Kinder, Stief-, Adoptiv- und Pflegekinder);

3. Die Vormünder und Kuratoren, sowie überhaupt diejenigen, welchen Minderjährige in Pflege gegeben sind, wegen der Frevel der bei ihnen wohnenden Pflegebefohlenen;

...
Wenn die in den vorhergehenden Bestimmungen als civilverantwortlich erklärten Personen beweisen, dass sie nicht im Stande waren, den Frevel zu verhindern, so sind sie von jeder Haftung frei".

Bei der subsidiären Haftung des Gewalthabers für den Wert- oder Schadenersatz, den der Täter leisten muss (§§ 10 Preuß. HDG v. 1852, 11 Preuß. FDG, 5 I bzw. 3 I Preuß. FFPG, 13 Sachsen-Altenbg. HDG, Art. 122 II Bayer. PolStGB v. 1871) liegt allerdings eine bürgerlich-rechtliche, gesetzliche Bürgschaft des Gewalthabers vor, die nur in den Formen des Strafprozesses durchgesetzt wird; so: Nagler, aaO., S. 189 Fn. 12.

spricht einmal, dass der Gewalthaber ebenso wie der Bürge persönlich zur Erfüllung der Geldstrafenverbindlichkeit des verurteilten Hausgenossen verpflichtet und infolgedessen auch sein Vermögen insoweit verhaftet ist ¹⁾. Zum zweiten handelt es sich bei der subsidiären Haftbarkeit des Gewalthabers ebenso wie bei der Bürgschaftsverpflichtung (vgl. § 767 BGB) um eine streng akzessorische Verbindlichkeit, die in ihrem Bestand und Umfang dauernd von dem Bestand und der Höhe der Geldstrafen- und Kostenverpflichtung abhängt ²⁾. Ebenso wie ein Bürge wird auch der subsidiär haftbare Gewalthaber von seiner Verpflichtung befreit, wenn und soweit der verurteilte Hausgenosse seine Geldstrafenverpflichtung durch Zahlung oder Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe tilgt. Umgekehrt wird der zu Geldstrafe und Kosten verurteilte Hausgenosse durch die Zahlung des Gewalthabers ebenso von seiner Geldstrafen- und Kostenverpflichtung befreit wie der Hauptschuldner durch die Zahlung des Bürgen ³⁾. Ferner ist die Geldstrafenhaftung des Gewalthabers in gleicher Weise wie die Bürgschaftsverpflichtung materiell subsidiär, so dass der Gewalthaber ebenfalls nur dann haftbar gemacht werden kann, wenn die Geldstrafe aus dem Vermögen des verurteilten Hausgenossen nicht beigetrieben werden kann und eine Geldstrafenvollstreckung erfolglos geblieben ist (vgl. Art. 122 III Bayer. PolStGB v. 1871) ⁴⁾. Dennoch kann die hilfsweise Haftung des Gewalthabers für die von seinem Hausgenossen verwirkte Geldstrafe nicht als eine zivilrechtliche Bürgschaftsverpflichtung angesehen werden. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Gewalthaber nicht für eine bürgerlich-rechtliche Schuld des seiner Gewalt unterstehenden Hausgenossen bürgt, sondern dafür einsteht, dass der Hausgenosse die ihm auf Grund öffentlichen Rechts als Sühne für seine Straftat auferlegte Geldstrafen-

1) Vgl. Nagler, a.a.O., S. 183.

2) So: Nagler, a.a.O., S. 190; Jagusch, a.a.O.

3) Nagler, a.a.O., S. 183.

4) Vgl. hierzu: Nagler, a.a.O., S. 194 f.

verpflichtung aus seinem Vermögen erfüllt. Auch die Tatsache, dass die Leistung des Gewalthabers den schuldigen Hausgenossen von der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Geldstrafenverpflichtung befreit, nötigt zu der Annahme, dass es sich bei der subsidiären Geldstrafenhaftung um eine dem Strafrecht angehörende Haftung des Gewalthabers handelt ¹⁾. Die Ansicht, dass die hilfsweise Geldstrafenhaftung eine strafrechtliche Haftung des Gewalthabers darstelle, setzte sich daher sehr bald durch ²⁾. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird auch dadurch bestätigt, dass die subsidiäre strafrechtliche Haftung des Gewalthabers ihre eigenen materiell-strafrechtlichen und strafprozessualen Hinderungsgründe hat ³⁾. So erlischt z.B. die subsidiäre Zahlungsverpflichtung des Gewalthabers und kann - entsprechend § 30 - nicht mehr in seinen Nachlass vollstreckt werden, wenn er vor Rechtskraft des gegen ihn ergangenen Urteils stirbt. Ausserdem unterliegt die hilfsweise Geldstrafenhaftung des Gewalthabers einer selbständigen Strafverfolgungs- und -vollstreckungsverjährung und ferner der Begnadigung (Amnestie).

Die Erwägung, dass es sich bei der subsidiären Geldstrafen- und Kostenhaftung um eine strafrechtliche Haftung des Gewalthabers handeln müsse, bewog das RG ⁴⁾ zunächst dazu,

-
- 1) So: Nagler, a.a.O., S. 184, nach dem der Schuldige nicht durch bürgerlich-rechtliche Leistungen von seiner öffentlich-rechtlichen Strafverpflichtung gelöst werden kann.
 - 2) Bereits 1880 vertrat das RG - RGSt 1/334 (336) - die Auffassung, dass "sich die subsidiäre Geldstrafenhaftung der strafrechtlichen Haftung nähere".
 - 3) Vgl. dazu Nagler, GerS 113/S. 190 Fn. 13; Jagusch, a.a.O.
 - 4) Während RGSt 3/105 (109) zwar ausdrücklich betonte, daß die hilfsweise Geldstrafenhaftung keine "civilrechtliche Haftung für fremde Handlungen" sei, sie aber andererseits als ein "eigentümliches Produkt positiver Gesetzgebung" bezeichnete, ging das RG später davon aus, daß die subsidiäre Haftbarkeit des Gewalthabers eine Strafbarkeit desselben bedeute - RGSt 8/362 (364) - bzw. ein diesen treffendes Strafübel darstelle; RGSt 16/109 (110); 21/331 (332); 22/41 (42); 24/198 (200) und ermit in RGSt 63/294 (297 f.).

dieser hilfsweisen Haftung des Gewalthabers den Charakter einer Strafe zuzusprechen. Dieser vom RG ¹⁾ später selbst aufgegebenen Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Wäre das subsidiäre Entstehen für fremde Geldstrafen eine echte Strafe, so müssten die strafrechtlichen Grundprinzipien des "nulla poena sine lege" (§ 2 I) und des "nulla poena sine culpa" (vgl. § 56) Anwendung finden. Die subsidiäre Geldstrafenhaftung kann schon deshalb nicht als Strafe angesehen werden, weil die meisten landesrechtlichen Bestimmungen den subsidiär Haftbaren nicht wegen eines von ihnen beschriebenen unrechtmässigen Verhaltens, - z.B. wegen Nichtverhinderns der Straftat des Hausgenossen oder wegen mangelhafter Beaufsichtigung desselben -, zur Verantwortung ziehen. Sie gehen vielmehr unausgesprochen von der

-
- 1) RGSt 54/75 (77) und 67/32 (33) sprechen aus, dass die subsidiäre Geldstrafenhaftung nicht auf einer eigenen Straftat des Gewalthabers beruhe und bezeichnen sie unverbündlich als eine in der Person des Gewalthabers eintretende strafrechtliche Folge des vom eigentlich schuldigen Täter begangenen Delikts. Daraus kann m.E. nicht gefolgert werden, dass das RG damit die bisher von ihm vertretene Ansicht vom Strafcharakter der subsidiären Geldstrafenhaftung aufgegeben habe. Diese Äusserungen des RG können vielmehr auch so verstanden werden, dass die als Folge des vom Hausgenossen begangenen Delikts zu verhängende Strafe dem Gewalthaber auferlegt wird, so dass dieser hilfsweise das an sich den Hausgenossen treffende Strafübel zu erdulden hat. Für eine solche Auslegung spricht, dass das RG gleichzeitig bemerkt, dass der Gewalthaber auf Grund der subsidiären Geldstrafenhaftung nicht für eine gegen eine fremde Person verhängte Geldstrafe, sondern für eine fremde Straftat eintreten müsse (RGSt 54/77: 67/33), und dass RGSt 63/294 (297) die subsidiäre Geldstrafenhaftung noch ausdrücklich als ein Strafübel bezeichnet.

Erst RGSt 71/2 (4) hat sich davon abgewandt und ausdrücklich ausgesprochen, dass dem Gewalthaber durch die subsidiäre Geldstrafenhaftung keine Strafe auferlegt werde. Der Gewalthaber habe vielmehr nur für die gegen den Hausgenossen verhängte Geldstrafe und die diesen treffenden Verfahrenskosten zu haften. Die subsidiäre Geldstrafenhaftung stellt sich danach als eine in der Person des Gewalthabers eintretende Nebenfolge der vom Hausgenossen begangenen Straftat dar (so: Jagusch in LK I (8) Vorbem. A III 3. vor § 13, S. 91).

widerlegbaren Vermutung des schuldhaften Nichtverhinderns der Straftat des Hausgenossen aus und knüpfen die Haftbarkeit des Gewalthabers lediglich an die Verurteilung des Hausgenossen und an dessen Vermögenslosigkeit. Diese Bestimmungen würden also dem Gewalthaber eine Strafe auferlegen, obwohl es an einem besonderen Straftatbestand fehlt ¹⁾, und auch keine Schuld des Gewalthabers verlangt wird ²⁾. Von den angeführten Beispielen setzen nur Art. 288 Bayer. StGB und § 13 Sachsen-Altenbg. HDG für den Eintritt der subsidiären Geldstrafenhaftung ein Mitwissen des Gewalthabers oder ein Nichtverhindern der Straftat infolge nachlässiger Aufsichtsführung voraus. Aber auch diese Bestimmungen wollen dem Gewalthaber nicht dafür eine echte Schuldstrafe auferlegen, dass er die Straftat des Hausgenossen wissentlich geduldet oder ihrer Begehung durch schlechte Aufsichtsführung Vorschub geleistet hat. Denn sonst würde eine solche Strafe letztlich von dem Zufall abhängen, ob der Hausgenosse die Geldstrafe aus seinem Vermögen bezahlen kann oder nicht. Auch in diesen Fällen soll daher der Gewalthaber nicht für ein Unrecht zur Verantwortung gezogen werden, das er selbst schuldhaft begangen hat. Aus der schuldhaften Nichtverhinderung der vom Hausgenossen begangenen Straftat wird vielmehr für ihn lediglich die Verpflichtung abgeleitet, hilfsweise für die als strafrechtliche Folge einer fremden Straftat verhängte Geldstrafe aufzukommen ³⁾. Dafür spricht einmal, dass Art. 288 Bayer. StGB dem Gewalthaber den Rückgriff gegen den Hausgenossen vorbehält. Zum

1) So: Nagler, a.a.O., S. 183; Jagusch in LKI(8), S. 92; RGSt 54/75 (77): 67/32 (33); 71/2 (4).

2) So: Jagusch a.a.O.

3) Nach Nagler, a.a.O./S. 183 Fn. 7 darf deshalb die Haftung des Gewalthabers für die vom Hausgenossen verurteilte Geldstrafe nicht zu einer Ersatzfreiheitsstrafe führen; §§ 13 IV Preuß. FDG, 5 III bzw. 3 III Preuß. FFG bestimmen dies ausdrücklich.

anderen geht dies aus dem Wortlaut des § 13 Sachsen-Altenbg. HDG hervor, der die subsidiäre Geldstrafenhaftung des Gewalthabers unabhängig davon ausspricht, ob ihn ebenfalls eine Strafe trifft oder nicht. Auch §§ 10 Preuß. HDG v. 1852, 11 Preuß. FDG, 5 I bzw. 3 I Preuß. FFG ordnen die hilfsweise Geldstrafenhaftung unabhängig von einer etwaigen, ihn selbst treffenden Strafe an. § 143 III, der ebenso wie § 361 Z. 9 eine subsidiäre Geldstrafenhaftung des Gewalthabers zulässt ¹⁾, spricht auch gegen den Strafcharakter dieser Haftung. Denn diese landesrechtlichen Bestimmungen stellten dann sonstige Vorschriften i.S. des § 143 I, 2 dar, die eine andere Strafe androhen, und § 143 I, 1 müsste daher in jedem Falle zurücktreten.

Die subsidiäre Haftung des Gewalthabers für die Geldstrafen und Kosten, zu denen ein seiner Gewalt unterstehender Hausgenosse verurteilt worden ist, ist somit keine dem Gewalthaber auferlegte Strafe. Sie stellt vielmehr eine eigenartige strafrechtliche Haftung dar, die - wie oben ausgeführt - in ihrem Bestand und Umfang streng von der den Hausgenossen treffenden öffentlich-rechtlichen Geldstrafen- und Kostenverpflichtung abhängt und in ihren Rechtswirkungen der zivilrechtlichen Bürgschaftshaftung gleicht ²⁾. Diese Haftung kann daher sinnvoll nur als eine kraft Gesetzes in den Bereich des Strafrechts übertragene bürgschaftliche Haftung des Gewalthabers für die strafrechtliche Folge der vom Hausgenossen begangenen Straftat verstanden werden. Die subsidiäre Geldstrafen- und Kostenhaftung des Gewalthabers stellt eine eigenartige strafrechtliche Bürgschaftshaftung dar ³⁾. Das Gesetz will damit die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Geldstrafen- und Kostenverbindlichkeit sicherstellen und belastet den Gewalthaber, weil er die vom Hausgenossen begangene Straftat entweder schuldhaft nicht verhindert hat oder das Gesetz dies - widerlegbar-vermutet.

1) So: Jagusch, a.a.O.

2) Nagler, a.a.O., S. 183 sieht sie als eine Parallele zu der zivilrechtlichen Bürgschaft kraft Gesetzes an.

3) h.M.; vgl.: Nagler, a.a.O., S. 183-186; Jagusch, a.a.O.

Von der - vorstehend behandelten - subsidiären Haftbarkeit des Gewalthabers ist jedoch die in den §§ 14 Sachsen-Altenbg. HDG, 12 Preuß. FDG, 5 II bzw. 3 II Preuß. FFPG angeordnete, unmittelbare Haftbarkeit desselben zu unterscheiden. Die unmittelbare Haftbarkeit des Gewalthabers setzt voraus, dass gegen den Hausgenossen, der eine als Forst- (Holz-) Diebstahl oder forstpolizeiliche Übertretung mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat, keine Strafe verhängt werden kann, da er als ein Kind vom Gesetz generell als schuldunfähig angesehen wird oder als ein Jugendlicher im Einzelfall infolge mangelnder geistiger oder sittlicher Reife oder infolge eines "die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustandes" (§§ 12 Preuß. FDG, 5 II bzw. 3 II Preuß. FFPG) schuldunfähig ist. Wird aber gegen den Hausgenossen keine Strafe verhängt, so kann auch der unmittelbar haftbare Gewalthaber nicht als ein Strafrechtsbürge für eine fremde Geldstrafenverpflichtung aufkommen. Die unmittelbare Geldstrafenhaftung des Gewalthabers besteht vielmehr darin, dass die Geldstrafe, mit der die vom schuldunfähigen Hausgenossen begangene Unrechtshandlung bedroht ist, nicht diesem, sondern an dessen Stelle (vgl. § 14 Sachsen-Altenbg. HDG) dem Gewalthaber auferlegt wird. Die unmittelbare Geldstrafenhaftung des Gewalthabers stellt also ihrer Rechtsnatur nach eine Strafe dar ¹⁾. Der Strafcharakter der unmittelbaren Geldstrafenhaftung des Gewalthabers für die von hausangehörigen Kindern oder Jugendlichen begangenen Unrechtshandlungen, für die diese mangels Schuldfähigkeit nicht bestraft werden können, kommt auch in einer ähnlichen, im Kurfürsten-

1) Vgl. Nagler, a.a.O., S. 181 Fn. 5.

tum Hessen geltenden Vorschrift zum Ausdruck ¹⁾. Nach dieser Vorschrift sind die Eltern mit der gesetzlich vorgesehenen Strafe - nicht nur Geldstrafe, sondern auch körperliche Züchtigung oder Zwangsarbeit- oder Freiheitsstrafe - zu belegen, wenn Kinder unter 14 Jahren bestimmte, mit Strafe bedrohte Handlungen begehen.

Ebenso wie die hilfsweise Geldstrafen- und Kostenhaftung des Gewalthabers ist auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit, die den Gewalthaber anstelle des schuldunfähigen Hausgenossen trifft, hauptsächlich im Dienste der Prävention gegen das Unrecht und damit zum Schutz der öffentlichen Ordnung geschaffen worden. Die Strafdrohung soll die Gewalthaber dazu anhalten, schuldunfähige Hausgenossen unter 18 Jahren aufmerksam zu beaufsichtigen und drohende Unrechtshandlungen derselben zu verhüten. Daneben sollen diese eine unmittelbare Verantwortlichkeit des Gewalthabers aussprechenden Bestimmungen ein Vorschieben schuldunfähiger Personen unterbinden und verhindern, dass der Gewalthaber hausangehörige Kinder oder Jugendliche als schuldunfähige Werkzeuge zur Tatausführung benutzt, während er selbst als mittelbarer Täter im Hintergrund bleibt und nicht überführt werden kann.

-
- 1) § 6 des Gesetzes vom 4. August 1853, die Strafe der körperlichen Züchtigung, sowie die Bestrafung der von Kindern verübten Vergehen betreffend (Sammlung von Gesetzen, Verordnungen, Ausschreiben und anderen allgemeinen Verfügungen für Kurhessen, dreizehnter Band, Jahre 1852, 1853 und 1854, Cassel, Jahrgang 1853, Nr. XIV, S. 105-106):

"Wegen der nach der Forststraß-Ordnung vom 30sten December 1822 oder nach der Verordnung vom 30sten December 1826 beziehungsweise dem Gesetz vom 26sten August 1841, betreffend die Bestrafung der Feld-, Garten- und Hutfrevel zu bestrafenden Vergehen von K i n d e r n u n t e r 1 4 J a h r e n sind deren Eltern oder Pflegeeltern verantwortlich und mit derjenigen Strafe zu belegen, mit welcher die That gesetzlich bedroht ist. - Ausnahmsweise fällt diese Verantwortlichkeit weg und sind wegen Vergehen der vorerwähnten Art die s c h u l d u n g e n K i n d e r mit der entsprechenden Strafe, insbesondere mit körperlicher Züchtigung zu belegen, wenn die Eltern oder Pflegeeltern den Nachweis liefern, dass gegen ihr ausdrückliches Verbot von den Kindern gehandelt worden ist und sie selbst an den Vortheilen des verübten Vergehens keinerlei Antheil genommen haben".

§§ 12 Preuß. FDG, 5 II bzw. 3 II Preuß. FFPG gehen ebenfalls von der widerlegbaren Vermutung aus, dass der Gewalthaber die Unrechtshandlung des hausangehörigen Kindes oder Jugendlichen schuldhaft nicht verhindert hat. Sie machen daher die Strafbarkeit des Gewalthabers nur von der Begehung der Unrechtshandlung durch den schuldunfähigen Hausgenossen abhängig. Zwar kann die Schuldvermutung durch die Feststellung widerlegt werden, dass der schuldunfähige Hausgenosse die Unrechtshandlung nicht mit Wissen des Gewalthabers begangen hat oder dieser sie nicht verhindern konnte. Lassen sich jedoch Schuld oder Nichtschuld des Gewalthabers nicht eindeutig feststellen, so erfolgt dennoch auf Grund der Schuldvermutung eine Bestrafung des Gewalthabers. Diese Vorschriften ziehen also den Gewalthaber nicht dafür strafrechtlich zur Verantwortung, dass er selbst schuldhaft ein Unrecht getan hat, - z.B. die Unrechtshandlung eines schuldunfähigen Hausgenossen unter 18 Jahren nicht verhindert oder denselben mangelhaft beaufsichtigt hat -, sondern lassen ihn unmittelbar für ein von diesem begangenes Unrecht eintreten ¹⁾. Diese Vorschriften, die dem Gewalthaber auf Grund der blossen Vermutung, dass er die Unrechtshandlung eines schuldunfähigen Hausgenossen vorsätzlich oder fahrlässig nicht verhindert hat, eine Strafe auferlegen, stellen somit ein Überbleibsel einer überwundenen Garanten- oder Kollektivhaftung ²⁾ dar und sind mit dem heutigen System des Schuldstrafrechts nicht vereinbar ³⁾. Sie sprechen keine Schuldstrafe ⁴⁾ aus,

1) Während der hilfsweise haftbare Gewalthaber für eine fremde Geldstrafen- und Kostenverpflichtung aufkommen muß, muss also der unmittelbar haftbare Gewalthaber für eine fremde Unrechtshandlung eintreten.

2) Aufbauend auf das deutschrechtliche Prinzip der unabdingbaren Haftung des Machtinhabers für die unerlaubten Handlungen der seiner Macht unterstehenden Personen, kannte auch das Strafrecht in früheren Zeiten eine Kollektivhaftung für die Schuld eines einzelnen Mitglieds einer engeren Gemeinschaft und zog den Hausvater auf Grund der Hausgemeinschaft, unabhängig von eigener Schuld, als Garanten für die von seinen Hausgenossen begangenen Unrechtshandlungen strafrechtlich zur Verantwortung. Vgl. Späth, S. 10, 12, 21, 53; Nagler, a.a.O., S. 181 Fn. 5.

3) Nach Nagler a.a.O., S. 181 verbietet sich heute jede Haftung für fremdes Unrecht von selbst.

4) Nagler a.a.O., S. 181 Fn. 5 bezeichnet die unmittelbare Geldstrafenhaftung des Gewalthabers als eine reine Ver-

sondern gründen die Strafbarkeit auf eine nur vermutete Schuld.

§ 14 Sachsen-Altenbg. HDG geht demgegenüber nicht von einer widerlegbaren Schuldvermutung hinsichtlich der Nichtverhinderung der von einem schuldunfähigen Hausgenossen unter 18 Jahren begangenen Unrechtshandlung aus. Vielmehr knüpft diese Vorschrift die Strafbarkeit des Gewalthabers an ein eigenes schuldhaftes Unrechtstun desselben an und verlangt positiv, dass der Gewalthaber entweder von der Begehung der als Holzdiebstahl mit Strafe bedrohten Handlung gewußt oder wissentlich gebilligt hat, dass das von dem schuldunfähigen Hausgenossen Entwendete zu seinem Nutzen verwendet wird. Im ersten Fall besteht das schuldhaftes Unrechtstun des Gewalthabers darin, dass er die Unrechtshandlung des schuldunfähigen Hausgenossen wissentlich geduldet und es damit vorsätzlich unterlassen hat, diesen von der Begehung der Holzdiebstahlshandlung abzuhalten. Die zweite Alternative setzt ein vorsätzliches Ausnutzen des durch eine fremde Unrechtshandlung Erlangten voraus und ist in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt mit § 259 vergleichbar.

§ 14 Sachsen-Altenbg. HDG bestraft also den Gewalthaber, wenn er es wissentlich zulässt, dass ein schuldunfähiger Hausgenosse unter 18 Jahren eine als Holzdiebstahl mit Strafe bedrohte Handlung begeht. Daneben bedroht das Landesstrafrecht (z.B. Art. 21 Württ. PolStG v. 1839, § 341 Preuß. StGB v. 1851, Art. 98 Hess. PolStG v. 1855, § 89 Bayer. PolStGB v. 1861, § 66 Bad. PolStGB v. 1863) den Gewalthaber dann mit einer Übertretungsstrafe, wenn er seiner Gewalt und Aufsicht unterstehende Personen schuldhaft vom Betteln abzuhalten unterlässt. Auf dem Gebiet des Polizeistrafrechts zieht das Landesrecht in seltenen Fällen den Gewalthaber, der einen schuldunfähigen Hausgenossen nachlässig beaufsichtigt hat, auch allgemein für jede mit Polizeistrafe bedrohte Unrechtshandlung zur Verantwortung, die dieser begangen hat.

Als Beispiel sei Art. 44 Hess. PolStG v. 1855 angeführt, der als ein polizeistrafrechtlicher Vorläufer der §§ 143, 361 Z. 9 angesehen werden kann: "Wenn Eltern, Vormünder

oder andere Personen, deren Obhut Kinder unter zwölf Jahren oder sonstige unzurechnungsfähige Personen (Art. 18 Nr. 2) anvertraut sind, es an der erforderlichen Aufsicht über dieselben haben fehlen lassen und diese während der Zeit, wo sie ohne solche Aufsicht waren, eine mit Polizeistrafe bedrohte Handlung begangen haben, so werden die zur Beaufsichtigung verpflichteten Personen beim ersten Fall polizeilich verwahrt, im Wiederholungsfalle aber bis zu einem Drittheile der auf die Übertretung selbst gesetzten Strafe belegt. Ist die Übertretung mit Geldbusse oder Gefängniß bedroht, so kann nur auf Geldbuße erkannt, und ist die Übertretung lediglich mit Gefängniß bedroht, so soll statt letzterer eine Geldbuße mit einem Gulden für jeden Tag der verwirkten Gefängnißstrafe angesetzt werden. - In keinem Fall kann die zu erkennende Geldstrafe die Summe von zehn Gulden übersteigen".

2. Das "Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" vom 15. Mai 1871 ¹⁾ kennt demgegenüber keinen allgemeinen Tatbestand, der den Gewalthaber für die Unrechtshandlungen eines Aufsichtsbefohlenen strafrechtlich zur Verantwortung zieht, wenn der Gewalthaber schuldhaft seine Aufsichtspflicht vernachlässigt und dadurch die Unrechtshandlung des Aufsichtsbefohlenen gefördert hat. Lediglich die 1953 durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz ²⁾ gestrichene 3. Alternative des § 361 Z. 4 des Reichsstrafgesetzbuches ³⁾ bestraft denjenigen mit Haft, der es unterlässt, ihm untergebene und

1) RGBl., S. 127 - 205.

2) 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 (BGBl. I, S. 735 - 750), allgemein "Strafrechtsbereinigungsgesetz" genannt.

3) § 361 Z. 4 RStGB v. 1871:
"Mit Haft wird bestraft:

...
4. wer bettelt oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt, oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterlässt".

seiner Hausgenossenschaft angehörende Personen vom Betteln abzuhalten, und erfasst damit in geringem Maße auch die pflichtwidrige Nichtüberwachung aufsichtsunterworfenen Personen.

Zwar zielt die in § 361 Z. 4, 3. Alternative angedrohte Bestrafung der Gewalthaber, die ihrer Gewalt und Aufsicht untergebene Personen betteln lassen, in erster Linie darauf ab, dem asozialen Treiben der ihrer Gewalt unterstehenden Personen entgegenzuwirken, so dass § 361 Z. 4, 3. Altern. nicht unmittelbar darauf gerichtet ist, die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht seitens der Gewalthaber zu ahnden ¹⁾. Dennoch erfasst § 361 Z. 4, 3. Altern. nach herrschender Ansicht ²⁾ nicht nur die bloße Duldung des Bettelns, sondern

1) Vgl. Nagler, S. 9; Kreutzhaller, S. 62.

2) So: Nagler, S. 8; Licht, S. 62 f.; vgl. ferner: Frank (5 - 7) § 361 Anm. IV a.E. (S. 587), nach dem § 361 Z. 4, 3. Altern. nicht nur vorsätzlich, sondern auch fahrlässig "begehrbar" ist und die Schuld des Gewalthabers in der mangelnden Beaufsichtigung besteht. Vgl. ferner Schwarze (5), S. 944: "In der Unterlassung der gebotenen und möglichen Aufsicht und der hierdurch bewirkten Freiheit der untergebenen Personen liegt das strafbare Moment"; so auch Schwarze (4), S. 807: "Es ist nicht erforderlich, dass der Schuldige davon Kenntnis haben muß, dass die Kinder etc. zum Betteln ausgehen; es genügt, wenn er durch Unterlassung der pflichtwidrigen Aufsicht die Kinder zum Betteln veranlasst". Nach Rüdorff, S. 547 f. bezeichnet die Unterlassung i.S. des § 361 Z. 4, 3. Alternat. einen Mangel an Aufmerksamkeit; nach Olschhausen (II, 6) setzt die Strafbarkeit gem. § 361 Z. 4, 3. Altern. stets den Beweis des Mangels an pflichtgetreuer Aufsicht und Vorsorge voraus. Anders Binding Lb. II, 2, S. 921, nach dem § 361 Z. 4, 3. Altern. nicht auch die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht, sondern nur ein ganz konkretes Verhalten des Gewalthabers bestraft, nämlich die vorsätzlich unterlassene Abhaltung gewalt- und aufsichtsunterworfenen Hausgenossen vom Betteln (a.a.O., S. 920). Nach dieser Ansicht erfasst § 361 Z. 4, 3. Altern. nur die Duldung einer konkreten Straftat i.S. des § 361 Z. 4, 1. Altern.

auch die vorsätzliche oder fahrlässige Nichtbeaufsichtigung, sofern sie das strafbare Verhalten des Aufsichtsunterworfenen - also das Betteln - überhaupt erleichtert.

Der materiellrechtliche Unrechtsgehalt des § 361 Z. 4, 3. Altern. besteht darin, dass die Gewalthaber schuldhaft die ihnen obliegende Pflicht verletzen, die ihrer Gewalt und Aufsicht unterstehenden Personen vom Betteln abzuhalten¹⁾ und so durch schuldhaftes Geschehenlassen zu dem strafbaren Tun der ihrer Gewalt unterstehenden Personen beitragen²⁾. Der durch die Unterlassung der gebotenen Aufsicht herbeigeführte Erfolg, - nämlich das Betteln des Aufsichtsbefohlenen -, gehört also zum Unrechtstatbestand des § 361 Z. 4, 3. Altern.³⁾ Der Gewalthaber muss das Betteln des Aufsichtsbefohlenen entweder vorausgesehen oder schuldhaft-fahrlässig nicht bedacht haben, dass der zu Beaufsichtigende infolge mangelhafter Überwachung betteln könnte⁴⁾.

1) Vgl. Oppenhoff (4), S. 361 Bem. 32, S. 661; ders. (13), § 361 Bem. 32, S. 922; Holtzendorff, GerS 26/S. 406.

2) So: Schwarze (2), S. 271, nach dem in § 361 Z. 4, 3. Altern. das pflichtwidrige Geschehenlassen des Bettelns mit Strafe bedroht ist.

3) Im Gegensatz zu § 361 Z. 4, 2. Altern. ist der Tatbestand des § 361 Z. 4, 3. Altern. nur erfüllt, wenn der Gewaltunterworfenen wirklich gebettelt hat; vgl. Frank (18) § 361 Anm. IV d 3; nach Maurach BT (1) S. 331 ist § 361 Z. 4, 3. Altern. ein unechtes Unterlassungsdelikt und setzt daher voraus, dass wirklich gebettelt worden ist. Vgl. auch Licht, S. 62; Kreutzhaller, S. 110 f.

4) Nach herrschender Ansicht setzt § 361 Z. 4, 3. Altern. keine Kenntnis des Gewalthabers vom Betteln des seiner Gewalt unterworfenen Hausgenossen voraus, so dass also auch Fahrlässigkeit genügt. Vgl. Späth, S. 61; Schönke § 361 Anm. IV 2 c; Kreutzhaller, S. 107; Maurach BT (1), S. 331; Frank (18) a.a.O.; Rohde-Ziegler in LK II (6/7) § 361 Anm. IV 17. Zu eng ist die Ansicht Bindings (Lb. II, 2, S. 921), der nur Vorsatz genügen lässt, da sich ein Abhalten vom Betteln nur bei dem denken lasse, der wisse oder annehme, dass eine ihm unterstellte Person betteln wolle (ebenso: Frank (1) § 361 Anm. IV d 3). Im Gegensatz dazu ist Binding jedoch in Lb. I, S. 236 der Ansicht, dass sich die Strafdrohung des § 361 Z. 4, 3. Altern. gegen die vorsätzlich oder fahrlässig unterlassene Abhaltung gewalt- und aufsichtsuntergebener Hausgenossen vom Betteln richte.

Da das gem. § 361 Z. 4, 1. Altern. mit Strafe bedrohte Betteln des Aufsichtsbefohlenen zum Unrechtsgehalt des § 361 Z. 4, 3. Altern. gehört und als ein echtes Tatbestandsmerkmal von der Schuld des Täters mit umfasst wird, stellt das Nichtabhalten vom Betteln ein unechtes Unterlassungsdelikt dar ¹⁾. § 361 Z. 4, 3. Altern. verbietet, gewalt- und aufsichtsunterworfenen Personen nachlässig zu beaufsichtigen und dadurch dem Betteln derselben Vorschub zu leisten.

Unterlässt es der Aufsichtspflichtige vorsätzlich, den seiner Gewalt und Aufsicht Unterstehenden vom Betteln abzuhalten, so stellt die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht gleichzeitig eine durch Unterlassen begangene "negative"- ²⁾ Beihilfe ³⁾ zum Betteln des Aufsichtsbefohlenen dar, die nach § 49 I als Beihilfe zu einer Übertretung nicht strafbar ist. Insoweit ist also Licht ⁴⁾ zuzustimmen, nach dem § 361 Z. 4, 3. Altern. einen Ersatz für die mangelnde Strafbarkeit der Beihilfe zu dem Betteln

.. Zu weit geht Oppenhoff (13), § 361 Bem. 33, S. 922, nach dem schon der Mangel jeglicher Aufsicht Strafbarkeit auslöst, und es daher genügt, wenn der Mangel an entsprechender Beaufsichtigung mit dem Betteln in ursächlichem Zusammenhang steht. Oppenhoff übersieht, dass eine auf das tatbestandsmäßige Unrecht bezogene Schuldstrafe mindestens Fahrlässigkeit des Täters voraussetzt.

- 1) So: Kohlrausch-Lange (39./40.) § 361 Bem. IV; Kreutzhaller, S. 107; Maurach BT (1) S. 331. Für echtes Unterlassungsdelikt dagegen: Schneider-Neuenburg JW 1934/259.
- 2) Im Gegensatz zu der durch positives Tun geleisteten Beihilfe soll die durch Unterlassen begangene Beihilfe im Folgenden kurz als "negative" Beihilfe bezeichnet werden; vgl. Frank (18) § 49 Anm. I 2.
- 3) Das Verhalten des Aufsichtspflichtigen kann u.U. auch als Anstiftung oder sogar als mittelbare Täterschaft zu werten sein; vgl. Kreutzhaller, S. 107, 102 Fn. 1.
- 4) Vgl. Licht, S. 62. So auch Frank (1) § 361 Anm. IV d 3, S. 431, nach dem § 361 Z. 4, 3. Altern. geschaffen wurde, weil die vorsätzliche negative Beihilfe der Aufsichtsperson zu dem Betteln des Aufsichtsbefohlenen als solche nicht strafbar ist.

gewalt- und aufsichtsunterworfenen Personen darstellt. Die Bedeutung des § 361 Z. 4, 3. Altern. erschöpft sich jedoch nicht darin. Bedenkt nämlich der Gewalthaber nicht, dass der Aufsichtsbefohlene infolge der mangelhaften Überwachung betteln könnte und unterlässt er daher schuldhaft-fahrlässig, den Aufsichtsbefohlenen von der Begehung dieser Straftat abzuhalten, so erfolgt im Rahmen des § 361 Z. 4, 3. Altern. eine Bestrafung der fahrlässigen, "negativen" Beihilfe zu dem vorsätzlichen Betteln des Aufsichts-befohlenen ¹⁾. Diese Bestimmung überschreitet also die dogmatischen Grenzen der Teilnahmelehre und stellt auch solche Beteiligungsformen, - wie die fahrlässige Beteiligung an einer Vorsatztat -, unter Strafe, die von den allgemeinen Teilnahmevorschriften der §§ 48, 49 überhaupt nicht erfasst werden.

Indem § 361 Z. 4, 3. Altern. auch eine fahrlässige Beteiligung der Gewalthaber an dem Betteln gewalt- und aufsichtsunterworfenen Personen unter Strafe stellt, will diese Vorschrift die Gewalthaber zu sorgsamer Überwachung der aufsichtsbedürftigen Personen anhalten und dadurch dem Betteln dieser Personen entgegenwirken. § 361 Z. 4, 3. Altern. will also das Betteln aufsichtsbedürftiger Personen verhüten und dient damit dem Schutz der öffentlichen Ordnung.

§ 361 Z. 4, 3. Altern. erfasst also auch die vorsätzliche oder fahrlässige Nichtbeaufsichtigung und bestraft den Gewalthaber, wenn er die Aufsicht über einen gewalt- und aufsichtsunterworfenen Hausgenossen nachlässig führt und dadurch schuldhaft geschehen lässt, dass dieser bettelt. Da das RStGB von 1871 neben § 361 Z. 4, 3. Altern. keine weiteren besonderen Tatbestände kennt, die den Aufsichtspflichtigen für die durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht herbeigeführte Mitschuld an der von einem Aufsichts-befohlenen begangenen Straftat bestrafen, bleiben nur noch die allgemeinen Vorschriften der §§ 47 ff. über

1) Vgl. Kreutzhaller, S. 107.

die strafbare Mitwirkung an fremder Straftat übrig. Auch diese allgemeinen Vorschriften erfassen die nicht gehörige Beaufsichtigung und bestrafen den Aufsichtspflichtigen, wenn er durch Unterlassen der gebotenen Aufsicht an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen mitgewirkt hat. Die durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht hervorgerufene schuldhaftige Förderung fremder Straftaten bestraft das RStGB von 1871 - von § 361 Z. 4, 3. Altern. abgesehen - also nur im Bereich der durch unechte Unterlassung begangenen, nach allgemeinen Grundsätzen strafbaren Mitwirkung des Aufsichtspflichtigen an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen ¹⁾. Hat der Aufsichtspflichtige vorsätzlich die Aufsichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsbefohlenen vernachlässigt und dabei gewusst oder zumindest damit gerechnet, dass dieser infolgedessen schuldhaft eine bestimmte Straftat bzw. schuldlos eine bestimmte, mit Strafe bedrohte Unrechtshandlung begehen wird, so ist der Aufsichtspflichtige entweder Mittäter oder mittelbarer Täter oder hat als Gehilfe oder unter Umständen, - wenn er den Aufsichtsbefohlenen durch sein Unterlassen vorsätzlich zur Straftat bestimmt hat - , auch als Anstifter an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen teilgenommen. Die schuldhaftige Nichtbeaufsichtigung wird also als Täterschaft oder als negative Teilnahme an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen abgegolten. Aber auch der Aufsichtspflichtige, der den Aufsichtsbefohlenen vorsätzlich oder fahrlässig nicht gehörig beaufsichtigt und dabei schuldhaft-fahrlässig nicht bedenkt, dass dieser eine bestimmte Straftat begehen könnte, kann wegen fahrlässiger Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges verantwortlich sein ²⁾. In diesem Fall wird die schuldhaftige Nichtbeaufsichtigung als fahrlässige Nebentäterschaft abgegolten.

Die vom RStGB von 1871 getroffene Regelung, aufsichtspflichtige Personen für die infolge schlechter Aufsichtsführung

1) Vgl. Nagler, S. 8; Licht, S. 5 f., 64.

2) Vgl. Licht, S. 6.

begangenen Straftaten Aufsichtsbefohlener nur nach § 361 Z. 4, 3. Altern. und den allgemeinen Vorschriften der §§ 47 ff. über die strafbare Mitwirkung an fremden Straftaten verantwortlich zu machen, erwies sich jedoch bald als unzureichend. So häuften sich nach dem Inkrafttreten des RStGB die Klagen darüber, dass vornehmlich jugendliche Personen in zunehmendem Maße Eigentumsverletzungen - insbesondere kleine Diebstähle, Entwendungen von Feldfrüchten, Holzfrevell und Sachbeschädigungen - begingen und dabei straffrei blieben, da sie entweder nach § 55 RStGB schuldunfähig waren oder das Gericht nach § 56 RStGB Schuldunfähigkeit derselben annahm ¹⁾. Für diese Gesetzesverletzungen jugendlicher Personen konnten deren Eltern oder sonstige Gewalthaber nicht aus § 361 Z. 4, 3. Altern. verantwortlich gemacht werden, da dieser nur in dem - besonders häufigen ²⁾ - Fall Platz griff, dass die Gewalthaber die ihrer Gewalt und Aufsicht unterstehenden Personen betteln liessen. Auch die allgemeinen Vorschriften über Beihilfe, Anstiftung und Täterschaft kamen nicht zur Anwendung, da die Eltern die Straftaten ihrer Kinder meist nicht voraussahen, sondern sich lediglich nicht genügend um ihre Kinder kümmerten und so der Begehung dieser Straftaten schuldhaft-fahrlässig Vorschub leisteten. Da Eigentumsdelikte nicht fahrlässig begangen werden können, schied auch fahrlässige Nebentäterschaft aus. Darüber hinaus gingen auch die Eltern, die ihre Kinder vorsätzlich nicht von einer bestimmten Straftat abhielten, und die somit durch ihr Unterlassen an deren Straftat beteiligt waren, in vielen Fällen wegen Beweisschwierigkeiten straffrei aus ³⁾. Bei der vorsätzlichen Beteiligung der Eltern an den von ihren Kindern begangenen Übertretungen kan noch folgendes hinzu. Hatten sich die Eltern rein passiv verhalten und nur stillschweigend geschehen lassen, dass ihr Kind eine als Übertretung mit Strafe bedrohte Handlung beging, so stellte sich ihr Unter-

1) Vgl. Holtzendorff GerS 26/ S. 401 f.

2) So: Holtzendorff, a.a.O., S. 406.

3) Holtzendorff, a.a.O., S. 404; Nagler, S. 16 Fn. 13.

lassen als bloße Duldung fremder Straftat und damit als eine nach § 49 RStGB straflose Beihilfe zu einer Übertretung dar.

Diese lückenhafte strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gewalthaber für die Unrechtshandlungen der ihrer Gewalt und Aufsicht unterstehenden Kinder und Jugendlichen fand daher lebhaft Kritik. Da eine Herabsetzung der Altersgrenze für die kriminelle Zurechnungsfähigkeit allgemein ¹⁾ abgelehnt wurde, konnte diesen Rechtsbrüchen jugendlicher Personen nur durch eine Erweiterung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Eltern entgegengewirkt werden ²⁾. So wies z.B. Holtzendorff ³⁾ in einer 1874 erschienenen Abhandlung darauf hin, dass es unbefriedigend ist, die Eltern nur dann zu bestrafen, wenn sie schuldhaft die Pflicht verletzen, ihre unerwachsenen Kinder vom Betteln abzuhalten. Er empfahl daher, diese - in § 361 Z. 4, 3. Altern. ausgesprochene - strafrechtliche Verantwortlichkeit der Eltern auf die nach §§ 55, 56 RStGB grundsätzlich straffreien Gesetzesübertretungen jugendlicher Personen auszudehnen.

Dementsprechend wurde durch die Strafgesetzs-Novelle vom 26. Februar 1876 ⁴⁾ mit § 361 Z. 9 eine dem § 361 Z. 4, 3. Altern. nachgebildete Vorschrift in das RStGB eingefügt, die den Gewalthaber mit Haft oder Geldstrafe bis zu 150 Mark bestraft, wenn er gewalt- und aufsichtsunterworfenen Personen schuldhaft nicht von Diebstählen, Zoll- und Steuerdelikten, Forst-, Feld-, Jagd- und Fischereifreveln

1) Vgl. Holtzendorff, a.a.O., S. 405. § 2 des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. Februar 1923 (RGBl. I, S. 135-141) hat diese Altersgrenze im Gegenteil auf 14 Jahre heraufgesetzt. Vgl. auch Späth, S. 62.

2) Vgl. Holtzendorff, a.a.O., S. 406.

3) So: Holtzendorff, a.a.O., S. 406 f.

4) Gesetz vom 26. Februar 1876, betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung derselben (RGBl., S. 25 - 38).

abhält ¹⁾). Tatbestandshandlung des § 361 Z. 9 ist also, dass der Aufsichtspflichtige es pflichtwidrig unterlässt, den seiner Gewalt und Aufsicht unterstehenden Hausgenossen von seinem Tun abzuhalten. Da die Abhaltungspflicht des Gewalthabers in einer engen Beziehung zur Aufsichtsführung bzw. Erziehung steht, stellt sich das Unterlassen des Abhaltens zugleich als eine Vernachlässigung der Aufsichtspflicht dar ²⁾). Der materiell-rechtliche Unrechtsgehalt des § 361 Z. 9 besteht demnach darin, dass der Gewalthaber einen seiner Gewalt und Aufsicht unterstehenden Hausgenossen nicht gehörig beaufsichtigt und dadurch schuldhaft geschehen ³⁾ lässt, dass dieser bestimmte mit Strafe bedrohte Handlungen begeht. Da § 361 Z. 9 den Gewalthaber

1) § 361 Z. 9 lautete:

"Mit Haft wird bestraft, wer Kinder oder andere unter seiner Gewalt stehende Personen, welche seiner Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, von der Begehung von Diebstählen, sowie von der Begehung strafbarer Verletzungen der Zoll- oder Steuergesetze oder der Gesetze zum Schutze der Forsten, der Feldfrüchte, der Jagd oder der Fischerei abzuhalten unterlässt. Die Vorschriften dieser Gesetze über die Haftbarkeit für die den Thäter treffenden Geldstrafen oder anderen Geldleistungen werden hierdurch nicht berührt.

(II) In den Fällen der Nr. 9 kann statt der Haft auf Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark erkannt werden".

- 2) Vgl. Meves, S. 370. In den Verhandlungen des Reichstags wurde ausgesprochen, dass das "unterlassene Abhalten" i.S. des § 361 Z. 9 durch die Unterlassung der pflichtmässigen und den Umständen nach möglichen Aufsicht gekennzeichnet sei, in deren Folge erst das Kind die Übertretung begeht (vgl. Stenograph. Berichte 1875/76, S. 1026, 1361). Ein Antrag, davor die Worte "in Versäumung der pflichtmässigen Aufsicht" einzufügen, wurde fallen gelassen, da dies überflüssig sei und § 361 Z. 9 nur die Eltern bestrafe, die in pflichtwidriger Weise geschehen liessen, dass ihre Kinder Diebstähle usw. begehen (vgl. Stenograph. Berichte 1875/76, S. 1362 f.). Vgl. auch Schwarze (5) S. 946 (zu § 361 Nr. 9): "Die Eltern etc. müssen die pflichtgemässe Aufsicht versäumt haben, und durch dieses Versäumnis es möglich geworden sein, dass das Kind die Handlung begangen habe".
- 3) Ebenso wie bei § 361 Z. 4, 3. Altern, genügt auch bei § 361 Z. 9 nach h.L. Fahrlässigkeit; vgl. Maurach BT (1), S. 331; Olshausen (II, 11) § 361 Z. 9 Anm. a; Kreutzhauer, S. 107; Schönke § 361 Anm. IX; Späth, S. 64; Rohde-Ziegler in LK II (6/7) § 361 Anm. IX 6. Anderer Ansicht: Binding, Lb I, S. 294 Fn. 5, nach dem Fahrlässigkeit nicht ausreicht; vgl. aber Lb. I, S. 236.

nicht nur wegen unterlassener Beaufsichtigung, sondern nur deshalb bestraft, weil er durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht schuldhaft zu der strafbaren Handlung des Aufsichtsbefohlenen beigetragen hat, ist § 361 Z. 9 - ebenso wie § 361 Z. 4, 3. Altern. - ein unechtes Unterlassungsdelikt ¹⁾).

Dieser gesetzgeberische Grundgedanke der Mitschuld des Gewalthabers an der vom Aufsichtsbefohlenen begangenen Straftat, der sowohl § 361 Z. 9 als auch § 361 Z. 4, 3. Altern. zugrunde liegt, kommt in den Motiven zu § 361 Z. 9 klar zum Ausdruck, die auf die Erwägungen zu § 55 II verweisen ²⁾. Die Motive zu § 55 II führen u.a. aus ³⁾:

"Häufig liegt die nächste Ursache der Verletzung der Strafgesetze durch Kinder auf Seiten der Eltern und jener Personen, in deren Gewalt und Aufsicht die Kinder stehen, indem diese, wenn nicht durch Anstiftung im eigentlichen Sinne, so doch durch präsumtives Einverständnis, durch schuldhaftes Geschehenlassen an den Handlungen beteiligt erscheinen. Dies wird namentlich für jene Arten von strafbaren Handlungen zutreffen, über deren gesteigertes Verüben durch Kinder hauptsächlich Klage geführt wird, wie Entwendungen von Feldfrüchten und Walderzeugnissen, Übertretungen der Steuergesetze und dergleichen. Hier muss sich die Ahndung folgerichtig gegen Jene richten, deren Schuld mehr oder weniger die strafbaren Handlungen veranlasst hat. In dieser Beziehung soll, soweit nicht die allgemeinen Bestimmungen über Thäterschaft und Theilnahme

-
- 1) Meves, S. 370; Kohlrausch-Lange (39/40), § 361 Anm. IX, IV und Systemat. Vorbem. II B II 3, S. 5; Kreutzahler, S. 107.
 - 2) Die Novelle vom 26. Februar 1876 hat dem § 55 RStGB einen Absatz II hinzugefügt, nach dem gegen schuldunfähige Kinder unter 12 Jahren gemäss den landesrechtlichen Bestimmungen Zwangserziehungsmassnahmen angeordnet werden können.
 - 3) Drucksachen des Reichstags 1875/76, S. 165 (Drucksache Nr. 54).

ausreichen, durch § 361 Nr. 9 des Entwurfs die nöthige Ergänzung geboten werden, und zwar im Einklang mit den erhobenen Beschwerden, welche im Wesentlichen ein **A u s - b e u t e n** der Bestimmungen des § 55 (RStGB) durch gewissenlose Eltern und Pfleger behaupten.

Wo die Ursache des Übels in der eigenen fehlerhaften Willensrichtung des jugendlichen Übelthäters liegt, ist fast immer ein Zusammenhang mit verwaarloster Erziehung, Mangel an der erforderlichen Zucht und Aufsicht nachweisbar".

3. Das RStGB bestraft also die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht nur dann, wenn der Aufsichtspflichtige schuldhaft geschehen lässt, dass der Aufsichtsbefohlene einzelne in § 361 Z. 4 und 9 genannte kleinere Delikte verübt. Begeht aber der Aufsichtsbefohlene infolge nicht gehöriger Beaufsichtigung eine andere Straftat - z.B. eine Körperverletzung, ein Sittlichkeitsdelikt, eine Unterschlagung oder Sachbeschädigung -, so spricht das RStGB keine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen aus.

Die Kritiker dieser vom RStGB getroffenen Regelung forderten jedoch zunächst keine Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen für die vom Aufsichtsbefohlenen infolge mangelhafter Beaufsichtigung begangenen Straftaten. Sie rügten vielmehr vor allem das völlige Fehlen eines dem heutigen § 170 d entsprechenden Tatbestandes, der den Personenfürsorgepflichtigen mit Strafe bedroht, wenn er durch Vernachlässigung der Personenfürsorgepflichten, - Pflege-, Erziehungs- und Aufsichtspflicht -, das leiblich-geistig-sittliche Wohl eines fürsorgebedürftigen Minderjährigen schuldhaft gefährdet oder verletzt. So hat z.B. Binding ¹⁾ darauf hingewiesen, dass die Verletzung familienrechtlicher Pflichten als solche strafrechtlich nur in auffallend geringem Maße verwertet wird, und dass vor allem die "Alimentations- und Erziehungspflicht" im RStGB nur einen geringen, "verklausulier-

1) Binding Lb I, S. 235.

ten" Strafschutz gefunden habe. In einer 1903 erschienenen Dissertation kommt Frieda Duensing ebenfalls zu dem Ergebnis, dass "die körperliche, geistige und sittliche Gesundheit des Minderjährigen... strafgesetzlich durchaus unzureichend oder überhaupt nicht geschützt ist"¹⁾. Um das staatliche Interesse an einer gesunden körperlichen, geistigen und sittlichen Entwicklung der Minderjährigen zu schützen, verlangt daher Frieda Duensing einen Straftatbestand, der denjenigen mit Strafe bedroht, der "vorsätzlich seiner elterlichen, vormundschaftlichen oder pflegschaftlichen Fürsorgepflicht zuwider das Wohl eines Minderjährigen gefährdet oder verletzt"²⁾. Die Forderung nach einem solchen Tatbestand wird in der Folgezeit immer wieder erhoben³⁾, wobei jedoch das Interesse des fürsorgebedürftigen Minderjährigen mit der Zeit den Vorrang vor dem Interesse der Allgemeinheit erhält. Der Zweck einer solchen Strafbestimmung wird somit zunehmend darin gesehen, den fürsorgebedürftigen Minderjährigen davor zu schützen, dass der Fürsorgepflichtige seine körperliche, geistige oder sittliche Entwicklung ungünstig beeinflusst⁴⁾.

1) Duensing, S. 77.

2) a.a.O., S. 84. Da Frieda Duensing das von dieser Bestimmung geschützte Wohl der Minderjährigen als ein staatliches Rechtsgut ansieht, rechnet sie dieses Delikt zu den "Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung" (vgl. S. 85).

3) Vgl. z.B. Radbruch VDB 5, S. 220, nach dem nicht nur die Aufgabe der gesamten Fürsorge, also die Fürsorgepflichtentledigung, sondern auch die Nichterfüllung einzelner Fürsorgepflichten als ein Gefährdungsdelikt gegen das Wohl minderjähriger Fürsorgebedürftiger unter Strafe zu stellen ist. Dabei schliesst sich Radbruch der Formulierung Frieda Duensing an. Auch Anna Schultz und R. Itin fordern einen allgemeinen Tatbestand der Vernachlässigung der Fürsorgepflicht gegenüber Minderjährigen. Vgl. Schultz, S. 28 und Itin, S. 57.

4) So ist z.B. § 233 GE 1911 - "Wer die ihm gesetzlich obliegende Pflicht zur Erziehung oder zur Unterhaltung eines anderen derart verletzt, dass der zu Erziehende der Gefahr der Verwahrlosung ausgesetzt wird, oder dass der zu Unterhaltende in eine Notlage gerät oder aus fremden Mitteln unterstützt werden muss, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft" - nicht unter die Delikte gegen die öffentliche Ordnung, sondern ebenso wie der heutige § 170 d in den Abschnitt "Verletzung des Personstandes, der Ehe und Familie" eingeordnet.

Im Laufe der Zeit wurde aber auch vorgeschlagen, die Aufsichtspflichtigen für die infolge schlechter Aufsichtsführung begangenen Straftaten Aufsichtsbefehlener in verstärktem Maße strafrechtlich verantwortlich zu machen. So wurde z.B. auf dem Deutschen Juristentag 1904 beschlossen, "die Erweiterung der Haftbarkeit der Gewalthaber der Jugendlichen für die Folgen der von diesen begangenen Straftaten in möglichst grossem Umfange ins Auge zu fassen", wobei allerdings offen gelassen wurde, ob damit nur die zivilrechtliche oder auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gewalthaber gemeint sei ¹⁾. Auf einem 1908 gehaltenen Vortrag wies Liepmann darauf hin, dass "in Not geratene oder gewissenlose Eltern ihre Kinder oft zu Straftaten anhalten oder wenigstens durch leichtfertiges Geschehenlassen an den Straftaten ihrer Kinder mitschuldig werden ²⁾". Liepmann trat dafür ein, in solchen Fällen die Eltern strafrechtlich verantwortlich zu machen und forderte, diesen in § 361 Nr. 9 anerkannten Gedanken weiter auszugestalten und vor allem auf alle Vermögensdelikte auszu dehnen.

1) Vgl. DJT 1904 (IV), S. 393 f., 659 f. Zur Begründung dieses Beschlusses führt Krohne, der das Hauptreferat zu dem Thema "Die strafrechtliche Behandlung jugendlicher Personen" gehalten hatte, in der zweiten Plenarsitzung des Juristentages folgendes aus (a.a.O., S. 659): "Die (dieses Thema beratende) Abteilung (des Juristentags) ist sich darüber klar gewesen, dass wesentlich Schuld an dem Verfall der Jugend ins Verbrechen der Missbrauch der elterlichen Gewalt oder der Machtbefugnis der Gewalthaber ist, und dass es dringend wünschenswert ist, den Eltern und im weiteren Sinne den Gewalthabern das Gewissen zu schärfen, dass sie für die gute und ordentliche Erziehung der Jugend aufzukommen haben, dass sie nicht die Jugendlichen treiben lassen, so dass sie in das Verbrechen hineinfallen, und dass sie sie nicht mehr, wenn nicht direkt, so doch indirekt, zum Verbrechen verleiten".

2) Liepmann, S. 14.

Dieser Anregung folgt jedoch der VE 1909 nicht, sondern stellt sich auf den Boden des geltenden Rechts und übernimmt § 361 Z. 4 und 9 fast wörtlich als § 305 Z. 2 und § 306 Z. 2. In der Begründung zu § 306 Z. 2 wird ausgeführt, dass ein Bedürfnis zur Ausdehnung auf andere strafbare Handlungen nicht hervorgetreten sei ¹⁾. Demgegenüber enthält der von den Strafrechtslehrern Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt 1911 aufgestellte Gegenentwurf mit § 182 einen dem Schutz der Jugend und ihrer Entwicklung dienenden generalisierenden Vergehenstatbestand, der in den 8. Abschnitt - Störung des Rechtsfriedens und der öffentlichen Ordnung - eingeordnet ist ²⁾. Nach der Begründung ³⁾ spricht § 182 die Strafbarkeit des Aufsichtspflichtigen nicht deshalb aus, weil er es schuldhaft hat geschehen lassen, dass das Kind eine bestimmte, mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat. Der materiellrechtliche Unrechtsgehalt des Delikts besteht danach vielmehr darin, dass das Kind durch das Verhalten des Täters unmittelbar der sittlichen Verwahrlosung entgegengeführt wird. Mit diesem Grundgedanken der Vorschrift, dass durch das schuldhaftes Nichteingreifen des Täters die Gefahr der sittlich-rechtlichen Verwahrlosung des Kindes herbeigeführt werde, wird daher auch die Höhe der Strafdrohung - Gefängnis schlechthin - gerechtfertigt ⁴⁾.

1) Vgl. VE 1909 Begr., S. 856:

"Ein Bedürfnis zur Ausdehnung auf andere strafbare Handlungen ist nicht hervorgetreten. Jedenfalls wäre eine solche Ausdehnung nicht im Rahmen des allgemeinen Strafgesetzes vorzunehmen".

2) § 182 GE 1911 lautet:

"Wer Kinder unter vierzehn Jahren zur Begehung strafbarer Handlungen anleitet oder, wenn sie unter seiner Gewalt oder Aufsicht stehen, von der Begehung solcher Handlungen abzuhalten unterlässt, wird mit Gefängnis bestraft".

3) GE 1911 Begr., S. 198.

4) GE 1911 Begr., S. 199.

Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 kennt im Gegensatz zu § 182 GE 1911 keinen Generaltatbestand, sondern entspricht im wesentlichen dem damals geltenden Recht und dem VE 1909. Der E 1913 folgt jedoch der Kritik von Hippels ¹⁾ zu § 305 Z. 2 VE 1909 und fasst das unterlassene Abhalten vom Betteln mit dem Nichtabhalten von den anderen, in § 361 Z. 9 RStGB bzw. § 306 Z. 2 VE 1909 genannten Delikten in einem Übertretungstatbestand ("Nicht-hindern strafbarer Handlungen") zusammen. Dieser § 423 E 1913 ²⁾ unterscheidet sich ferner dadurch von den §§ 361 Z. 4 und 9 RStGB bzw. 305 Z. 2, 306 Z. 2 VE 1909, dass er den Gewalthaber nicht für die Handlungen aller gewalt- und aufsichtsunterworfenen Hausgenossen verantwortlich macht, sondern seine Verantwortlichkeit auf Handlungen "jugendlicher" Hausgenossen unter 18 Jahren beschränkt.

Auch der Entwurf 1919 übernimmt den in § 361 Z. 4 und 9 enthaltenen Grundgedanken und gestaltet ihn - ebenso wie

1) v. Hippel, Mon.f.Krim.Psych. 1910/11, S. 453 f., nimmt daran Anstoss, dass § 306 Z. 2 VE 1909 eine Geldstrafe zulässt, während § 305 Z. 2 VE 1909 nur eine Freiheitsstrafe androht und führt dazu aus:
"Wer ... solche Personen vom Betteln abzuhalten unterlässt, der verdient keine schwerere Strafe, als derjenige, welcher eine gleiche Unterlassung bei Diebstählen usw. begeht. Diese Vorschrift streiche man daher beim Bettel (§ 305 Nr. 2) und stelle sie in § 306 Nr. 2 des Vorentwurfs ein".

2) § 423 E 1913 lautet:
"Mit Haft oder Geldstrafe wird bestraft, wer es unterlässt, einen Jugendlichen, der unter seiner Aufsicht steht und zu seiner häuslichen Gemeinschaft gehört, von Diebstählen oder Entwendungen, vom Betteln oder von strafbaren Verletzungen der Zoll- oder Steuergesetze oder der Gesetze zum Schutze der Forsten, der Feldfrüchte, der Jagd oder der Fischerei abzuhalten. - Unberührt bleiben die Vorschriften, nach denen für Geldstrafen oder andere Geldleistungen neben dem Täter andere Personen haften".

GE 1911 - in § 276 ¹⁾ zu einem allgemeinen Vergehenstatbestand des "Nichthinderns von Straftaten" aus. Die Denkschrift zu dem E 1919 bemerkt hierzu ²⁾: "Es entspricht einer richtig verstandenen Fürsorge für die Jugend, den Aufsichtspflichtigen grundsätzlich zur Pflicht zu machen, dass sie strafbare Handlungen der ihrer Zucht unterstehenden Personen entgegenwirken. Diese Pflicht besteht da, wo es sich z.B. um Verletzungen und Gefährdungen von Menschenleben oder der menschlichen Gesundheit, um Störung des öffentlichen Verkehrs handelt, zum mindesten im gleichen Maße wie bei Verletzungen fremden Eigentums. Um Fälle, in denen eine Bestrafung nicht geboten ist, ausscheiden zu können, ist das Absehen von Strafe in besonders leichten Fällen zugelassen". Normmotivierendes Rechtsgut des § 276 E 1919 ist der Schutz der öffentlichen Ordnung. Dies ist bereits daraus ersichtlich, dass das Vergehen als ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung angesehen wird und systematisch im 17. Abschnitt unter dem Titel "Gemeinschaftliches Verhalten" eingeordnet ist ³⁾.

1) § 276 E 1919 lautet:

"Wer es vorsätzlich unterlässt oder wer es fahrlässig unter Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht unterlässt, Kinder oder Jugendliche, die unter seiner Aufsicht stehen und zu seiner häuslichen Gemeinschaft gehören, von der Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung abzuhalten, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft. - In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden. - Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein, wenn die von dem Kind oder dem Jugendlichen begangene Tat nur auf Antrag zu verfolgen ist".

2) Vgl. E 1919 Denkschr., S. 221 f.

3) Die Denkschrift zum Entwurf 1919 sieht in den unter dem Begriff des "gemeinschaftlichen Verhaltens" zusammengefassten Delikten eine Krankheitserscheinung des Volkslebens, die ihre Wurzel zum grossen Teil in sozialen Mißständen hat. Sie betont, dass eine wirkliche Heilung letztlich nur durch Verbesserung der sozialen Fürsorge, durch Verwaltungsmassnahmen und durch freie Liebestätigkeit zu erreichen ist, einstweilen aber auf strafrechtliche Mittel nicht verzichtet werden kann (vgl. E 1919 Denkschr., S. 218). Daneben berücksichtigt § 276 E 1919 aber auch den Gedanken des Jugendschutzes (vgl. E 1919 Denkschr., S. 221).

Die 1922-1936 aufgestellten Entwürfe enthalten keinen den §§ 182 GE 1911, 276 E 1919 entsprechenden allgemeinen Tatbestand und verzichten sogar auf eine Übernahme des § 361 Z. 9. Die Begründung zu § 371 E 1927 ¹⁾ führt hierzu aus: "Die Übernahme dieses Tatbestandes (§ 361 Z. 9) und sein Ausbau zu einem Vergehen oder gar seine allgemeine Erweiterung auf das Nichthindern von Straftaten überhaupt würde eine allzu grosse, in vielen Fällen unerträgliche Ausdehnung der Strafbarkeit von Aufsichtspersonen bedeuten. Die strafwürdigen Fälle werden durch die allgemeinen Teilnahmevorschriften des Entwurfs hinreichend gedeckt. In den übrigen Fällen ist ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts das richtigere Mittel".

Aber auch das in § 361 Z. 4, 3. Altern. unter Strafe gestellte Nichtabhalten jugendlicher Personen vom Betteln ist nicht als ein strafrechtlicher Tatbestand in den E Radbruch 1922 und in den amtlichen E 1925 eingegangen. Diese Entwürfe sehen das Ausschicken und Anleiten jugendlicher Hausgenossen zum Betteln und das vorsätzliche oder fahrlässige Nichtabhalten dieser Personen vom Betteln als ein besonders sozial schädliches Verhalten an, da "Handlungen dieser Art die Jugend verderben und den Bestrebungen der Jugendpflege unmittelbar entgegenwirken" ²⁾. Daher reicht es nach der Begründung zu § 379 E 1925 ³⁾ zwar nicht aus, nur die Folgen dieser Handlungen mit den Mitteln des öffentlichen Erziehungsrechts zu bekämpfen, sondern es muss auch "die Quelle des Unheils verschüttet" und gegen den sich gemeinschädlich verhaltenden Gewalthaber vorgegangen werden. Dabei versuchen jedoch sowohl der E Radbruch 1922 als auch der E 1925, die in der Denkschrift zum Entwurf 1919 bereits angedeutete Möglichkeit zu verwirklichen, dass späterhin völlig auf eine Bestrafung

1) Vgl. E 1927, Begründung, S. 192.

2) Vgl. E 1925, Begründung, S. 188.

3) Siehe Fn. 2).

der unter dem Begriff des gemeinschädlichen Verhaltens zusammengefassten sozialen Krankheitserscheinungen verzichtet werden könne ¹⁾. §§ 371 E Radbruch 1922, 379 E 1925 ²⁾ bedrohen also das unterlassene Abhalten jugendlicher Hausgenossen vom Betteln nicht mit Strafe, sondern ermächtigen das Gericht lediglich, den Gewalthaber in ein Arbeitshaus oder Asyl einzuweisen oder unter Schutzaufsicht zu stellen ³⁾.

Auf Grund der berechtigten Kritik ⁴⁾ heben die Entwürfe 1927 und 1930 die Sonderstellung des "gemeinschaftlichen Verhaltens" wieder auf und drohen in § 371 ⁵⁾ demjenigen eine Vergehensstrafe an, der es vorsätzlich oder fahrlässig

1) Vgl. S. 36 Fn. 3.

2) Die wörtlich übereinstimmenden §§ 371 E Radbruch 1922, 379 E 1925 lauten:
"Wer Kinder oder Jugendliche, die unter seiner Aufsicht stehen und zu seiner häuslichen Gemeinschaft gehören, zum Betteln ausschickt oder anhält oder es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, solche Kinder oder Jugendliche vom Betteln abzuhalten, kann einem Arbeitshaus überwiesen werden".
Vgl. dazu noch § 374 E Radbruch 1922 und § 393 E 1925.

3) Die Begründung zum E 1925 bemerkt hierzu (vgl. E 1925 Begr., S. 187): "Er (der Entwurf) geht davon aus, dass es zwecklos ist, dem asozialen Verhalten mit Strafe entgegenzuwirken; denn gerade darin, dass Strafen eindrucklos bleiben, besteht zum guten Teil die Eigenart der hier in Betracht kommenden Personen. Will man ihnen helfen und dadurch zugleich die Gesamtheit vor ihnen schützen, so muss man versuchen, sie nötigenfalls mit Zwang zur Arbeit zu erziehen und an ein geordnetes Leben zu gewöhnen".

4) Vgl. Klee, S. 401 und 404.

5) § 371 E 1927 lautet:
"Wer Kinder oder Jugendliche, die unter seiner Aufsicht stehen und zu seiner häuslichen Gemeinschaft gehören, zum Betteln ausschickt oder anhält oder es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, sie vom Betteln abzuhalten, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bestraft.
In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen".
§ 371 E 1930, der fast wörtlich mit § 371 E 1927 übereinstimmt, droht nur Gefängnis bis zu drei Monaten oder Geldstrafe an.

unterlässt, einen seiner Aufsicht unterstehenden Hausgenossen unter 18 Jahren vom Betteln abzuhalten. Neben der Strafe kann das Gericht nach § 58 E 1927 und E 1930 die Unterbringung des Aufsichtspflichtigen in einem Arbeitshaus anordnen, "wenn dies erforderlich ist, um ihn zur Arbeit anzuhalten und an ein geordnetes Leben zu gewöhnen".

Auch der E 1936 dehnt § 361 Z. 4, 3. Altern, und 9 nicht zu einem allgemeinen Tatbestand des "unterlassenen Abhaltens von Straftaten" aus und stellt in § 354 ¹⁾ ebenfalls nur das schuldhaftes Nichtabhalten vom Betteln unter Strafe.

4. Die in den zahlreichen Entwürfen enthaltenen Vorschläge, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtspersonen für die Straftaten nachlässig beaufsichtigter Kinder oder Jugendlicher zu erweitern, einzuschränken oder völlig aufzuheben, haben jedoch zunächst nicht zu einer Änderung des RStGB geführt. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen für die infolge nachlässiger Aufsichtsführung begangenen Unrechtshandlungen jugendlicher Aufsichtsbefehlener bleibt also nach dem RStGB auf die in § 361 Z. 4 und 9 genannten Straftaten beschränkt. Dagegen folgt der Gesetzgeber der in der Begründung zum VE 1909 ausgesprochenen Anregung ²⁾ und dehnt die strafrechtliche

1) § 354 E 1936 lautet:

"Wer ein Kind oder einen Jugendlichen unter achtzehn Jahren, die unter seiner Aufsicht stehen oder (!) zu seiner häuslichen Gemeinschaft gehören, zum Betteln ausschickt oder anhält oder wer es schuldhaft unterlässt, sie vom Betteln abzuhalten, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft". Nach § 70 E 1936 kann das Gericht neben der Strafe die Unterbringung des Täters in einem Arbeitshaus oder Asyl anordnen. Systematisch ist § 354 E 1936 unter die Angriffe gegen die öffentliche Ordnung eingereiht. Damit übernimmt der E 1936 die von Pollack, S. 121, gegebene Anregung nicht, das Ausschicken oder Anhalten Jugendlicher zum Betteln und das Nichtabhalten derselben vom Betteln unter dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflichtverletzung in einen besonderen Abschnitt "Vergehen gegen Ehe und Familie" einzuordnen.

2) Vgl. S. 34 Fn. 1

Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen ausserhalb des Reichsstrafgesetzbuchs auch auf andere strafbare Handlungen aus. So bedrohen §§ 5 II Vogelschutzges. von 1908 ¹⁾, 9 III Z. 4 Tierschutzges. von 1933 ²⁾, 30 IV Naturschutzverordnung von 1936 ³⁾ denjenigen mit Strafe, der es unterlässt, bestimmte, von ihm zu beaufsichtigende Personen ⁴⁾ von einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften dieser "Gesetze" abzuhalten ⁵⁾. Ebenso wie § 361 Z. 4, 3. Altern. und Z. 9 stellen auch diese Strafbestimmungen

-
- 1) Vogelschutzgesetz in der Fassung vom 30. Mai 1908 (RGBl. S. 317-320), ausser Kraft gesetzt durch § 27 Reichsnaturschutzgesetz vom 26. Juli 1935 (RGBl. I, S. 821-825).
 - 2) Tierschutzgesetz vom 24. November 1933 (RGBl. I, S. 987-989).
 - 3) Verordnung zum Schutze der wildwachsenden Pflanzen und der nichtjagdbaren wildlebenden Tiere (Naturschutzverordnung) vom 30. März 1936 (RGBl. I, S. 181-190).
 - 4) § 6 II VogelschutzG: "Kinder oder andere unter seiner Gewalt stehende Personen, welche seiner Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören"; § 9 III Z. 4 TierschutzG: "Kinder oder andere Personen, die seiner Aufsicht unterstehen und zu seiner Hausgemeinschaft gehören"; § 30 IV NaturschutzVO: "Jugendliche unter 18 Jahren, die seiner Aufsicht unterstehen".
 - 5) Die §§ 13, 14 des Reichsschulpflichtgesetzes vom 6. Juli 1938 (RGBl. I, S. 799-801) machen den Sorge-, Erziehungs- oder Pflegeberechtigten ausserdem für die Erfüllung der Schulpflicht verantwortlich und bedrohen ihn z.B. dann mit Strafe, wenn er es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, den Schulpflichtigen zu regelmässigem Schulbesuch anzuhalten. An die Stelle des Reichsschulpflichtgesetzes sind nunmehr die Schulpflichtgesetze der einzelnen Bundesländer getreten, z. B. rheinland-pfälzisches Schulpflichtgesetz vom 22. Dezember 1955 (GVBl., S. 115-117).

unechte Unterlassungsdelikte ¹⁾ dar, bei denen gleichfalls Fahrlässigkeit des Unterlassenden genügt ²⁾.

1) Vgl. Kreutzhahler, S. 107; ebenso Conrad in Stenglein I (5), Anm. 3 zu § 6 VogelschutzG, der verlangt, dass der den Aufsichtspflichtigen treffende Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit auf die Übertretung des Aufsichts-befohlenen bezogen sein muss (so auch Galli in Stenglein I (4), Anm. 2 zu § 6 VogelschutzG). So auch für § 9 III Z. 4 TierschutzG - Neupert DStR 1938/309, nach dem der Vorsatz dieser Unterlassungszuwerhandlung die Vorstellung in sich schliessen muss, dass ein bestimmter Erfolg nicht beseitigt oder am Eintritt verhindert wird, obwohl eine rechtliche Verpflichtung besteht. Dennoch bezeichnet Neupert a.a.O. diese Übertretung fälschlich als echtes Unterlassungsdelikt, da der Tatbestand des § 9 III, Z. 4 TierschutzG ausdrücklich nur durch ein passives Verhalten (Unterlassung) erfüllt werden könne. - Für diese Ansicht spricht auch, dass diese Strafbestimmungen in ihrem tatbestandsmässigen Aufbau völlig dem ehemaligen § 361 Z. 4, 3. Altern. und dem § 361 Z. 9 alter Fassung nachgebildet sind, und die herrschende Meinung diese Straftatbestände als unechte Unterlassungsdelikte ansah. Vgl. Maurach BT (1), S. 331 und oben S. 24 Fn. 1 und S. 30 Fn. 1. Da diese Strafbestimmungen heute die §§ 143, 361 Z. 9 neuer Fassung ergänzen, werden sie neuerdings zunehmend als echte Unterlassungsdelikte angesehen, so dass die Zuwiderhandlung des Kindes oder Jugendlichen lediglich eine objektive Bedingung der Strafbarkeit darstellt. Vgl. z.B. Lorz § 9 TierschutzG Anm. 7, § 30 NaturschutzVO Anm. 8; ders. in Erbs II Anm. 8 zu § 9 TierschutzG und § 30 NaturschutzVO. Wie jedoch im zweiten Hauptteil dieser Arbeit dargestellt ist, gehen die Vertreter dieser Ansicht zu Unrecht von der Annahme aus, die Unrechthandlung des Aufsichts-befohlenen in §§ 143, 361 Z. 9 n.F. sei eine objektive Strafbarkeitsbedingung.

2) Vgl. Kreutzhahler, S. 107; Conrad in Stenglein I (5) a.a.O.; Galli in Stenglein I (4) a.a.O.; Giese-Kahler Anm. zu § 9 III TierschutzG, S. 101; so auch die herrschende Ansicht zu den früheren §§ 361 Z. 4, 3. Altern. und 361 Z. 9; vgl. Maurach BT (1), S. 331 und oben S. 23 Fn. 4 und S. 29 Fn. 3.

5. Um die im Krieg wegen der veränderten Lebensverhältnisse besonders stark gefährdeten Kinder und Jugendlichen vor einem Abgleiten in die Kriminalität zu schützen und zu diesem Zwecke verschiedene besondere Gefahrenquellen auszuschalten, wurden nach dem Beginn des zweiten Weltkrieges einige Polizeiverordnungen erlassen. Sie stellen Verbote gegenüber den Jugendlichen selbst auf und bedrohen die Aufsichtspflichtigen mit Strafe, wenn sie schuldhaft dazu beitragen, dass die ihrer Aufsicht unterstehenden Jugendlichen diese Verbote übertreten. So werden Erziehungsberechtigte, die Jugendlichen unter 16 Jahren vorsätzlich oder fahrlässig durch Verletzung ihrer Aufsichtspflicht ermöglichen, sich in öffentlichen Schiess- oder Spielhallen, Billardsalons oder ähnlichen Räumen aufzuhalten, wo für die Benutzung von Schiess- oder Spielgeräten ein Entgelt erhoben wird, oder Schiess- oder Spielgeräte an anderen Orten unentgeltlich zu benutzen, nach § 6 der PVO über die Fernhaltung Jugendlicher von öffentlichen Schiess- und Spieleinrichtungen vom 24. Oktober 1939 ¹⁾ mit Geldstrafe bis zu 150,--RM, in besonders schweren Fällen mit Haft bis zu 6 Wochen bestraft. Die gleiche Strafe trifft nach § 4 Ziff. 2 der PVO über die Fernhaltung Jugendlicher von öffentlichen Tanzdarbietungen vom 29. November 1939 ²⁾ die Erziehungsberechtigten, die vorsätzlich oder fahrlässig weiblichen Jugendlichen unter 16 Jahren oder männlichen Jugendlichen unter 18 Jahren ermöglichen, ohne Begleitung des Erziehungsberechtigten oder eines von ihm beauftragten Volljährigen oder nach 23 Uhr an Tanzdarbietungen im Freien teilzunehmen oder sich in Räumen aufzuhalten, in denen öffentliche Tanzlustbarkeiten stattfinden. In gleicher Weise bestraft § 9 II Ziff. a der PVO zum Schutze der Jugend vom 9. März 1940 ³⁾ Erziehungsberechtigte und

1) RGBl. I, S. 2116.

2) RGBl. I, S. 2374 f.

3) RGBl. I, S. 499 f.

die von ihnen beauftragten Personen, die Jugendlichen unter 18 Jahren vorsätzlich oder fahrlässig durch Verletzung ihrer Aufsichtspflicht ermöglichen, gegen § 1 (Verbot des Herumtreibens auf öffentlichen Strassen, Plätzen und sonstigen öffentlichen Orten während der Dunkelheit), § 2 (Verbot des Aufenthalts in Gaststätten nach 21 Uhr bzw. absolutes Verbot des Aufenthalts in öffentlichen Lokalen für Jugendliche unter 16 Jahren), § 3 (Verbot des Besuchs öffentlicher Kino-, Variété- und Kabarettvorstellungen nach 21 Uhr), § 4 (Verbot des Alkoholgenusses in Gaststätten) oder § 5 (Verbot des Rauchens in der Öffentlichkeit) dieser Verordnung zu verstossen ¹⁾. "Ermöglichen" bedeutet in diesen Polizeiverordnungen ein durch die Verletzung der Aufsichtspflicht hervorgerufenenes vorsätzliches oder fahrlässiges Mitwirken des Aufsichtspflichtigen an dem konkreten Delikt des Aufsichtsbefohlenen. Dabei kann der Aufsichtspflichtige sowohl durch positive Tätigkeit als auch in der Form der unechten Unterlassung (Regelfall!) zu der konkreten Verfehlung des Aufsichtsbefohlenen bei-

1) Die genannten Polizeiverordnungen vom 24.10.1939, 29. 11.1939 und 9.3.1940 sind unter fast unveränderter Übernahme der einzelnen Verbote durch die PVO zum Schutze der Jugend vom 10. Juni 1943 (RGBl. I, S. 349 f.) ersetzt worden. § 12 II Ziff. a dieser PVO bestraft Erziehungsberechtigte und die von ihnen beauftragten Personen mit Geldstrafe bis zu 150 RM oder Haft bis zu 6 Wochen, wenn sie Minderjährigen unter 18 Jahren vorsätzlich oder fahrlässig durch Verletzung ihrer Aufsichtspflicht Verstösse gegen die §§ 1 - 8 dieser Verordnung ermöglichen. Die PVO vom 10. Juni 1943 ist durch das Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit vom 4. Dezember 1951 (BGBl. I, S. 936 f.) ersetzt worden. Mit § 14 enthält es eine Strafvorschrift, nach der Personen über 18 Jahre, die einen Jugendlichen einer Gefährdung aussetzen, die nach den §§ 1 - 8 des Gesetzes von ihm ferngehalten werden soll, mit Geldstrafe bis zu 150,-- DM oder Haft bis zu 6 Wochen bestraft werden. Durch Gesetz vom 27. Juli 1957 (BGBl. I, S. 1058-1060) wurde das Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit geändert (vgl. nunmehr §§ 13, 14 dieses Gesetzes in der Fassung vom 27. Juli 1957).

tragen ¹⁾. Diese Polizeiverordnungen erfassen also im Wesentlichen vorsätzliche und fahrlässige Beihilfehandlungen des Aufsichtspflichtigen als eigenständige Übertretung ²⁾, wobei es sich regelmässig um eine Beihilfe durch Unterlassen handelt.

Nach den Erfahrungen des ersten Weltkrieges musste auch im zweiten Weltkrieg mit einem Ansteigen der Jugendkriminalität gerechnet werden ³⁾. Da aber die Begehung von Straftaten durch Kinder und Jugendliche erfahrungsgemäss auf mangelhafte Überwachung zurückzuführen ist oder zumindest häufig durch sie gefördert wird ⁴⁾, erschien es nunmehr besonders dringlich, auch einen allgemeinen Straftatbestand zu schaffen, der die Aufsichtspflichtigen für alle kriminellen Handlungen der ihrer Aufsicht unterstehenden Kinder und Jugendlichen verantwortlich macht, die diese infolge nicht gehöriger Beaufsichtigung begehen. Die durch die Kriegsverhältnisse bedingte stärkere Gefährdung der Kinder und Jugendlichen veranlasste daher den Gesetzgeber, sich über alle dogmatischen Bedenken hinwegzusetzen und mit § 4 der Verordnung zur Ergänzung des Jugendstrafrechts vom

1) So: Nagler, S. 16 Fn. 14; Licht, S. 63; Kreutzahler, S. 108 Fn. 2.

2) Vgl. Nagler, a.a.O.; Licht, a.a.O.

3) Während z.B. die Gesamtkriminalität im Jahre 1943 um 20 % niedriger lag als im Jahre 1937, war diejenige der Jugendlichen in der gleichen Zeit um fast 140 % gestiegen. So: Blau, ZStW 64/S. 65.

4) Vgl. Nagler, S. 16, 6; Niederreuther, S. 115; Licht, S. 8; vgl. auch Stree in JUS 1963, S. 433, sowie zum E 1962 Schafheutle in Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, Bd. 8, S. 410; Schäfer, ebda, S. 413; Sturm, ebda, Bd. 9, S. 176.

4. Oktober 1940¹⁾ einen solchen allgemeinen Straftatbestand einzuführen. Durch diese Strafbestimmung sollte "das Verantwortungsbewusstsein der Aufsichtspersonen gesteigert, ihr Gewissen geschärft und ihre Regsamkeit geweckt werden"²⁾, so dass sie die ihrer Aufsicht unterstehenden Kinder und Jugendlichen sorgsam überwachen und etwaigen rechtsfeindlichen Antrieben frühzeitig entgegentreten. Durch die Bestrafung des Aufsichtspflichtigen für die infolge nicht gehöriger Beaufsichtigung begangenen Straftaten jugendlicher Personen sollte die Jugendkriminalität schon im Keime erstickt werden. Diese Vorschrift diene in besonderem Maße der Verbrechensverhütung³⁾ und damit dem Schutz der öffentlichen Ordnung. Da den Aufsichtspflichtigen oftmals infolge nachlässiger Aufsichtsführung ein Mitverschulden an den unrechtmässigen Handlungen aufsichtsuntergebener Kinder oder Jugendlicher zur Last fällt, wollte also § 4 JVO diese Wurzel der Jugendkriminalität treffen und begründete über die zivilrechtliche Haftung

1) RGBl. I, S. 1336. § 4 JVO ("Vernachlässigung der Aufsichtspflicht") lautet:

"Wer eine Person unter 18 Jahren, über die er die Aufsicht zu führen hat, nicht gehörig beaufsichtigt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Haft oder mit Geldstrafe belegt, wenn der zu Beaufsichtigende eine strafbare Handlung begeht, die der Aufsichtspflichtige durch gehörige Aufsicht hätte verhindern können. Dies gilt nicht, soweit in sonstigen Vorschriften eine andere Strafe angedroht ist. Aufsichtspflichtig im Sinne dieser Vorschrift ist derjenige, dem die Sorge für die Person des Jugendlichen obliegt oder dem der Jugendliche zur Erziehung oder Pflege ganz oder überwiegend anvertraut ist. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag der zuständigen Dienststelle ein". Da die JVO den Jugendarrest als ein neues, der besonderen Konstitution des jugendlichen Menschen angepasstes Zuchtmittel in das Jugendstrafrecht einführte, wird sie verschiedentlich auch als JugendarrestVO bezeichnet; vgl. Bockelmann, DR 42/787.

2) Vgl. Nagler, S. 10; Licht, S. 9.

3) Die generalpräventive Bedeutung dieser Vorschrift ist nach Nagler, S. 16, ganz unverkennbar: "Es sollen Lebenslagen, welche Entgleisungen Jugendlicher zu begünstigen pflegen, prophylaktisch vermieden werden und so sozialhygienische Wirkungen erreicht werden" (Nagler, S. 16 Fn. 14). Ebenso Licht, S. 9; nach Späth, S. 110 hat diese Bestimmung zum Ziel, kriminelle Entgleisungen jugendlicher Menschen zu verhüten.

(§ 832 BGB) hinaus auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtspflichtigen für die infolge mangelnder Beaufsichtigung begangenen Unrechts-handlungen jugendlicher Personen ¹⁾. Durch § 3 der Verordnung über die Vereinfachung und Vereinheitlichung des Jugendstrafrechts (Jugendstrafrechtsverordnung) vom 6. November 1943 ²⁾ hat der Reichsjustizminister den § 4 JVO auf Grund der in § 6 IV, 2 dieser Verordnung enthaltenen Ermächtigung in geänderter Fassung als § 139 b in das RStGB eingefügt ³⁾.

-
- 1) So: Niederreuther, S. 115: § 4 JVO stellt danach das strafrechtliche Gegenstück des § 832 BGB dar. Vgl. auch Späth, S. 82, nach dem vor allem § 832 BGB als Vorbild für diese Bestimmungen gedient hat.
- 2) RGBl. I, S. 635 f.
- 3) § 3 der Verordnung vom 6.11.1943 bestimmt:
"§ 4 der Verordnung zur Ergänzung des Jugendstrafrechts vom 4. Oktober 1940 (RGBl. I, S. 1336) wird als § 139 b in folgender Fassung in das Reichsstrafgesetzbuch übernommen:
Wer einen noch nicht Achtzehnjährigen, dessen Beaufsichtigung ihm obliegt, nicht gehörig beaufsichtigt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Haft oder Geldstrafe bestraft, wenn der zu Beaufsichtigende eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, die der Aufsichtspflichtige durch gehörige Aufsicht hätte verhindern können. Dies gilt nicht, soweit in sonstigen Vorschriften eine andere Strafe angedroht ist.
Aufsichtspflichtig im Sinne dieser Vorschrift ist derjenige, dem die Sorge für die Person des Kindes oder Jugendlichen obliegt oder dem das Kind oder der Jugendliche zur Erziehung oder Pflege ganz oder überwiegend anvertraut ist".

Die Änderung der Formulierung von "strafbarer Handlung" in "mit Strafe bedrohte Handlung" des zu Beaufsichtigenden sollte verdeutlichend darauf hinweisen, dass sich die Strafbarkeit des Aufsichtspflichtigen ebenso wie die des Teilnehmers nach den Grundsätzen der mit Wirkung vom 15. Juni 1943 eingeführten ¹⁾ limitierten Akzessorietät richtet und daher keine volle Straftat des Aufsichtsbefehlenden vorzuliegen braucht ²⁾.

Nach dem Zusammenbruch erliess die Militärregierung Deutschland eine mit der Besetzung Deutschlands in Kraft getretene "Bekanntmachung für Eltern und Vormünder" ³⁾. Danach konnten pflichtvergessene Gewalthaber ebenfalls für die gegen die Militärregierung gerichteten Straftaten aufsichtsuntergebener Kinder und Jugendlicher strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Diese Strafbestimmung diente dem Schutz der alliierten Streitkräfte und damit dem Schutz der öffentlichen Ordnung. Auf der Wiesbadener Juristentagung wurde 1946 die Forderung erhoben, § 139 b einschränkend abzuändern (Herabsetzung der Altersgrenze auf 16 Jahre, Bestrafung nur bei grober Vernachlässigung der Aufsichtspflicht und Begehung eines Verbrechens oder Vergehens durch den zu Beaufsichtigenden) und die

1) Die Einführung der limitierten Akzessorietät erfolgte durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.5. 1943 (RGBl. I, S. 339-341) und ihre Durchführungsverordnung vom 29.5.1943 (RGBl. I, S. 341 f.).

2) So: Kreuztähler, S. 98 Fn. 2.

3) Diese Bekanntmachung wurde im Auftrag der Militärregierung Deutschland von den Militärregierungen der Besatzungszonen für ihre Kontrollgebiete veröffentlicht. Vgl. z.B. für die britische und amerikanische Zone: Amtsbl. Mil. reg. (Brit. Zone), Nr. 7, Teil III (Bekanntmachungen, Verfügungen usw. der Militärregierung, die im ganzen britischen Kontrollgebiet Geltung haben), S. 150; Gesetzssammlung Mil. reg. (Amerikan. Zone), Band II, E a (Anhang)/3 (5. Nachtrag, März 1947). In der Bekanntmachung heisst es:
"Eltern, Vormünder und anderen Personen, die die Betreuung und Aufsicht von Kindern unter 18 Jahren haben, wird zur Pflicht gemacht, jede zumutbare Sorgfalt anzuwenden, um die Begehung strafbarer Handlungen gegen die Militärregierung durch diese Kinder zu verhüten. Eltern, Vormünder und andere Personen, die diese Pflicht vernachlässigen, können persönlich von einem Gericht der Militärregierung wegen Verhalten, das gegen die öffentliche Ordnung oder die Interessen der Alliierten Streitkräfte verstösst, angeklagt werden".

Höchststrafe von 6 auf 3 Monate Gefängnis herabzusetzen ¹⁾. Demgegenüber weist jedoch § 7 des neuen JGG der DDR ²⁾ auf den unverändert fortgeltenden § 139 b hin und setzt den Strafraum dieser Vorschrift auf 2 Jahre Gefängnis als Höchststrafe herauf, "um damit die gesellschaftsgefährdende Bedeutung der Aufsichtspflichtverletzung zu unterstreichen" ³⁾. Für den Rechtsbereich der Bundesrepublik Deutschland wurden die §§ 139 b, 361 Z. 9 durch das Strafrechtsvereinigungsgesetz vom 4. August 1953 neu gefasst. Sie wurden so aufeinander abgestimmt, dass die ungerechten Ergebnisse entfielen, zu denen die Anwendung des § 139 b führte, weil er auch die Fälle einbezog, in denen der Aufsichtsbefohlene nur eine Übertretung beging, und weil er ferner eine Subsidiaritätsklausel enthielt, nach der auch andere Strafvorschriften mit milderer Strafdrohung vorgingen ⁴⁾. Dies wurde dadurch erreicht, dass der nunmehr als

1) Vgl. Juristentagung 1946 in DRZ 1947/S. 27.

2) Jugendgerichtsgesetz vom 23. Mai 1952 (GBI DDR, S. 411 - 418).
§ 7 JGG lautet:

"Bei der Verfehlung eines Jugendlichen ist ferner die Verantwortlichkeit eines Erziehungspflichtigen sorgfältig zu prüfen. Erziehungspflichtige, die sich einer schweren Verletzung ihrer Pflicht zur Beaufsichtigung eines Jugendlichen schuldig machen, werden nach den allgemeinen Bestimmungen mit der Maßgabe bestraft, dass auf Gefängnis bis zu zwei Jahren erkannt werden kann".

3) Vgl. Nathan, NJ 52/S. 248.

4) So kann z.B. der Vater, der seinen Sohn zu einer Übertretung anstiftet, nur deshalb bestraft werden, während er sich eines Vergehens nach § 139 b schuldig macht, wenn der Sohn die gleiche Übertretung von sich aus begeht und der Vater sie durch gehörige Aufsicht hätte verhindern können. So die amtliche Begründung zum Entwurf des Strafrechtsvereinigungsgesetzes, die noch weitere Beispiele anführt (Vgl. Dt.BTag, I. Wahlperiode, Drucksache Nr. 3713, S. 35).

§ 143 in das StGB eingeordnete frühere § 139 b den Aufsichtspflichtigen nur noch dann bestraft, wenn der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung eine mit Strafe bedrohte Verbrechen- oder Vergehenshandlung begangen hat. Gleichzeitig wurde § 361 Z. 9 zu einer dem jetzigen § 143 genau nachgebildeten ¹⁾ Vorschrift ausgestaltet, die dann Platz greift, wenn der Aufsichtsbefohlene eine als Übertretung mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat. Da § 361 Z. 9 n.F. auch den Fall einschliesst ²⁾, dass der Aufsichtspflichtige den zu Beaufsichtigenden nicht vom Betteln abhält, wurde § 361 Z. 4, 3. Altern. gestrichen. Ausserdem erhöht § 143 die in § 139 b angedrohte Freiheitsstrafe auf ein Jahr.

-
- 1) So: Dt. BTag, I. Wahlperiode, Drucksache Nr. 3713, S. 36. Pauli, NJW 60, S. 2230 bezeichnet § 361 Z. 9 als eine dieselben Probleme aufweisende Parallelbestimmung zu § 143. Vgl. auch Maurach BT (4) S. 401: "Konstruktiv entspricht der Tatbestand (des § 361 Z. 9) genau dem des § 143".
- 2) Die im Vergleich zu § 361 Z. 4, 3. Altern. in § 361 Z. 9 n.F. eintretende Verkleinerung des Personenkreises der zu Beaufsichtigenden kann nach der amtlichen Begründung in Kauf genommen werden (vgl. Dt.BTag, I. Wahlperiode, Drucksache Nr. 3713, S. 36).

III. 2. HAUPTTEIL: DER TATBESTANDSMÄSSIGE AUFBAU DES § 143 I, 1.

A. Das Rechtsgut des § 143.

1. Die als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohte Handlung, die der Aufsichtsbefohlene infolge der unzureichenden Beaufsichtigung begeht, könnte ein Tatbestandsmerkmal oder eine objektive Strafbarkeitsbedingung des § 143 sein ¹⁾.

Tatbestandsmerkmale sind Voraussetzungen der materiellrechtlichen Strafbarkeit, die das tatbestandlich vertyppte Unrecht einer Tat bestimmen und daher von der Schuld des Täters umfasst sein müssen ²⁾. Setzt sich der materiellrechtliche Unrechtsgehalt des § 143 daraus zusammen, dass der Aufsichtspflichtige den Aufsichtsbefohlenen ungenügend beaufsichtigt und dieser infolgedessen eine Verbrechen- oder Vergehenshandlung begangen hat, so stellt die "Straftat" ³⁾ des Aufsichtsbefohlenen ein Tatbestandsmerkmal

-
- 1) Unstreitig ist, dass die Strafbarkeit der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht nach den §§ 143, 361 Z. 9 davon abhängt, dass der Aufsichtsbefohlene infolgedessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht. Vgl. Werner in LK I (8) § 143 Anm. I, 2; III; Maurach BT (4), S. 400. Vgl. auch (für § 4 JVO): Niederreuther, S. 115, Nagler, S. 24. Die durch gehörige Aufsicht abwendbare Straftat des Aufsichtsbefohlenen stellt daher kein Merkmal des Strafverfahrensrechts dar, sondern ist nach allgemeiner Meinung eine Voraussetzung der materiellrechtlichen Strafbarkeit.
 - 2) Nach dem das geltende Strafrecht beherrschenden Schuldhaftungsprinzip setzt Strafe Schuld voraus; die Schuld des Täters muss sich dabei auf das Unrecht seiner Tat beziehen. Hat der Täter durch sein Handeln nur zufällig einen unrecht-mässigen Erfolg verursacht oder waren bei seinem Handeln rein zufällig bestimmte unrechtserhebliche Umstände gegeben, so geht er straffrei aus. Eine strafrechtliche Haftung ist erst dann zulässig, wenn der Täter wenigstens schuldhaft-fahrlässig nicht bedacht hat, dass ein bestimmter unrechtmässiger Erfolg eintreten oder ein anderes unrechtserhebliches Merkmal gegeben sein könne.
 - 3) Der Aufsichtsbefohlene braucht keine vollständige Straftat begangen zu haben; vgl. oben S. 47.

des § 143 dar. Denn in diesem Fall erhält die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht ihren vollen Unrechtsgehalt erst durch die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen und ist nur dann als ein strafwürdiges Unrecht anzusehen, wenn der Aufsichtsbefohlene infolgedessen eine als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohte Handlung begeht.

Von den Merkmalen des Unrechtstatbestandes unterscheiden sich die objektiven Strafbarkeitsbedingungen durch ihre Unrechts- und Schuldlosigkeit¹⁾: sie sind ausserhalb

1) Vgl. Schmidhäuser, S. 548; Rittler, Frank II, S. 15, 17; ders., Lb., S. 69; Schönke-Schröder, Vorbem. IX vor § 51; v. Liszt-Schmidt, S. 294; Radbruch, SchZfStR 1937, S. 255, bezeichnet die objektiven Strafbarkeitsbedingungen als "Umstände, von denen zwar die Strafbarkeit der Tat abhängt, aber nicht ihre Strafbarkeit"; Bemmman, S. 19,20,22; Ingo Müller, S. 24; Nagler-Mezger in LK I (8), S. 45; Schröder, ZStW 65, 187 f.; Stratenwerth, S. 569, 574.

Abzulehnen ist die vornehmlich von Sauer vertretene Ansicht, dass die objektiven Strafbarkeitsbedingungen wesentliche Merkmale des Unrechtstatbestandes seien, die zwar die typische Eigenart des Unrechtsgehalts der Tat mitbestimmen, aber vom Gesetzgeber aus "äusseren" Gründen aus der Schuldbeziehung herausgelöst seien; vgl. Sauer, Mezger-Festschrift, S. 118 ff. und Sauer AT, S. 70 ff. Nach dem Schuldhaftungsprinzip des geltenden Strafrechts tritt eine strafrechtliche Haftung nur ein, wenn die unrechtersheblichen äusseren Merkmale mindestens von der Fahrlässigkeit des Täters umfasst werden. Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen können also nur solche materiellrechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen sein, die nichts zum tatbestandlich typisierten Unrecht der Tat beitragen.

Wie Sauer: Engisch, Mezger-Festschrift, S. 132; Kaufmann, S. 249 ff. (vgl. S. 251, wo er die objektiven Strafbarkeitsbedingungen als *s c h u l d i n d i f f e r e n t e U n r e c h t s m e r k m a l e* bezeichnet; nach seinem Verbrechensaufbau sind alle Unrechtsmerkmale im Unrechtstatbestand zusammengefasst, vgl. S. 180-182).

Ähnlich sieht Baumann, S. 431 f., die objektiven Strafbarkeitsbedingungen als besondere Risikomerkmale an, die die Strafbarkeit der Tat beeinflussen und daher eigentlich zur Umschreibung der strafbaren Handlung gehören, aber aus kriminalpolitischen Erwägungen der für den Täter günstigen Irrtumsregelung des § 59 nicht unterliegen dürfen. Dabei sei es ein Streit um Worte, ob man in den objektiven Strafbarkeitsbedingungen Tatbestandsmerkmale besonderer Art sähe, die im Schuldreich eine besondere Behandlung erfüllen, oder ob man sie, der herrschenden Meinung folgend, ausserhalb der strafbaren Handlung ansiedle. In jedem Falle fehle es bei Nichtvorliegen der objektiven Strafbarkeitsbedingungen an einer rechtswidrigen Tatbestandserfüllung, so dass also z.B. Teilnahme nicht möglich sei.

des Unrechtstatbestandes stehende Voraussetzungen der materiellrechtlichen Strafbarkeit ¹⁾, die für das Unrecht einer Tat völlig unerheblich sind, - denen also weder unrechtsbegründende noch unrechtserhöhende Wirkung zukommt -, und die daher schuldfrei gestellt sind. Bei den Delikten mit objektiven Strafbarkeitsbedingungen ist also allein die Tathandlung sozialethisch verwerflich und damit straf-

-
- 1) Als unrechtsfremde Merkmale gehören die objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht zum Unrechtstatbestand. Da ein Straftatbestand nur aufgestellt wird, um eine typische Verhaltensweise zu beschreiben, die dem Gesetzgeber als strafwürdiges Unrecht erscheint, enthält der Unrechtstatbestand nur solche Merkmale, die etwas zu dem Unrecht der geschilderten Verhaltensweise beitragen. Innerhalb des Unrechtstatbestandes ist daher kein Raum für solche Umstände, die für die Strafwürdigkeit der geschilderten Verhaltensweise völlig ohne Bedeutung sind; so Radbruch, SchZfStR 1937, S. 254. Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen sind also materielle Voraussetzungen der Strafbarkeit, die in manchen Fällen zu den Merkmalen der Straftat - Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Handlung und Schuld des Täters - hinzutreten müssen, damit ein staatlicher materieller Strafanspruch entsteht; vgl. für viele: Rittler Lb., S. 68.
- Nach anderer Ansicht gehören die objektiven Strafbarkeitsbedingungen zum Tatbestand. Kantorowicz (S. 249) unterscheidet - ebenso wie Sauer - einen Tatbestand in engerem Sinne, zu dem die schuldumfassten Tatbestandsmerkmale gehörten, und einen Tatbestand im weiteren Sinne, der den engeren Tatbestand und darüber hinaus auch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen als schuldfremde Tatbestandselemente umfasse. Die Schuldlosigkeit der objektiven Strafbarkeitsbedingungen stelle deshalb keinen Widerspruch zur Schuldidee dar, weil diese Merkmale des Straftatbestandes für die Strafbarkeit der Tat völlig ohne Bedeutung seien (S. 239). Vgl. auch Niese, NJW 49, S. 814: "Als Strafbarkeitsbedingung wird man solche Tatbestandselemente (!) aufzufassen haben, die dem materiellen Unrechtsgehalt des Delikts nicht wesentlich sind".

würdig, so dass die hinzutretende objektive Strafbarkeitsbedingung von der tatbestandlich geschilderten, unrechten und schuldhaften Tat her gesehen lediglich die Strafbarkeit dieser Tat einschränkt¹⁾. Die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen ist demnach als eine objektive Strafbarkeitsbedingung des § 143 anzusehen, wenn sich der materiell-

-
- 1) So: Schmidhäuser, S. 560, 561; Stratenwerth, S. 565 f.: Schwalm, MDR 59, S. 800 Fn. 10, S. 906; so auch Begründung zu E 1962, S. 268. Vgl. ferner Lang-Hinrichsen ZStW 73, S. 221 f.; ders., GA 1957, S. 9. - Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen stellen also materiellrechtliche Strafbarkeitseinschränkungsgründe dar. Dabei ist es gleichgültig, ob die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit positiv oder negativ gefasst sind, das heisst, ob sie die Strafbarkeit einer Tat durch ihr Vorliegen oder ihr Fehlen bedingen. In jedem Fall ist die Strafbarkeit einer Tat über die schuldhafteste Tatbestandsverwirklichung hinaus von einem objektiv wirkenden - also schuldfremden - zusätzlichen Erfordernis abhängig gemacht. Die negativ gefassten objektiven Strafbarkeitsbedingungen werden oft auch als sog. "sachliche Strafausschliessungsgründe" bezeichnet. Von den objektiven Strafbarkeitsbedingungen, die die Strafbarkeit einer Tat allgemein einschränken, sind andere objektiv wirkende - schuldfremde - Umstände zu unterscheiden, die die Strafbarkeit einer tatbestandlich-unrechten und schuldhaften Tat ebenfalls einschränken: die persönlichen Strafausschliessungs- und die persönlichen Strafaufhebungsgründe. Beim Vorliegen von persönlichen Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründen bleibt die Tat allgemein strafbar und ihre Strafbarkeit wird nur für bestimmte Personen ausgeschlossen oder nachträglich aufgehoben. Sie kommen also nur dem Täter oder Teilnehmer zugute, bei dem sie vorliegen. Demgegenüber ist die strafbarkeitseinschränkende Wirkung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht personen-, sondern sachbezogen. Die Tat ist also allgemein und für alle Personen nicht strafbar, wenn eine positiv gefasste objektive Strafbarkeitsbedingung fehlt oder eine negativ gefasste objektive Strafbarkeitsbedingung vorliegt. Im geltenden Strafrecht gibt es also innerhalb der Voraussetzungen der materiellrechtlichen Strafbarkeit neben der tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung noch eine weitere dogmatische Kategorie der Strafbarkeitseinschränkungsgründe, wobei sich sachliche (allgemeine) und persönliche Strafeinschränkungsgründe unterscheiden lassen.

rechtliche Unrechtsgehalt dieses Delikts in der blossen Vernachlässigung der Aufsichtspflicht erschöpft. Besteht nämlich das tatbestandsmässige Unrecht des § 143 allein darin, dass eine aufsichtspflichtige Person ein Kind oder einen Jugendlichen nicht gehörig beaufsichtigt, so schränkt die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen die Strafbarkeit der schuldhaft-rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung lediglich ein und macht sie zusätzlich davon abhängig, dass die Aufsichtspflichtverletzung eine mit Strafe bedrohte Handlung des Aufsichtsbefohlenen zur Folge gehabt hat.

Die Beantwortung der Frage, ob die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen ein Tatbestandsmerkmal des § 143 oder eine objektive Strafbarkeitsbedingung ist, hängt davon ab, ob dieses Merkmal den Unrechtsgehalt der Aufsichtspflichtverletzung im Sinne des § 143 I, 1 mitbestimmt oder nicht.

Da jeder gesetzliche Straftatbestand die Aufgabe hat, ein bestimmtes Sozial- oder Individualinteresse vor Verletzung zu schützen, kann aus dem geschützten Rechtsgut auf den Umfang des tatbestandlichen Unrechts geschlossen werden ¹⁾. Daher lässt sich auch das tatbestandsmässige Unrecht und

1) Besonders anschaulich geht dies aus zwei Äusserungen zu § 186 hervor, die das durch § 186 geschützte Rechtsgut und demzufolge auch den Unrechtstatbestand der üblen Nachrede unterschiedlich bestimmen. Nach Eb. Schmidt Niederschriften (V), S. 101, schützen die Beleidigungstatbestände nicht den wahren sozialen Wert einer Persönlichkeit, sondern den Anspruch auf soziale Achtung, der durch das Aufstellen rufgefährdender Behauptungen verletzt wird. Da ein solcher Anspruch auf soziale Achtung jedermann solange zusteht, als nicht durch rechtskräftiges Gerichtsurteil festgestellt ist, dass ihm dieser Anspruch in bestimmten Beziehungen nicht zukommt, verletzt auch derjenige, der eine wahre ehrenrührige Behauptung aufstellt, diesen im Handlungszeitpunkt noch bestehenden Achtungsanspruch des Betroffenen und handelt daher unrechtmässig i.S. des § 186. Das tatbestandliche Unrecht des § 186 besteht also in dem Aufstellen ehrenrühriger Behauptungen, wobei es unerheblich ist, ob diese wahr oder unwahr sind (so auch Maurach BT (4) S. 136, 139 f.). Da jedoch der Beleidigte seinen Achtungsanspruch dann verliert, wenn das

damit der materielle Unrechtsgehalt der Aufsichtspflichtverletzung im Sinne des § 143 I, 1 dadurch erschliessen, dass man das durch diesen Straftatbestand geschützte Rechtsgut ermittelt.

2. Bei der Ermittlung des durch § 143 geschützten Rechtsguts ist davon auszugehen, dass § 143 denjenigen bestraft, der die ihm obliegende Pflicht verletzt, Kinder oder Jugendliche gehörig zu beaufsichtigen. Die Aufsichtspflicht i.S. des § 143 könnte ein Teil der Personensorgepflicht sein, die nach § 1626 I BGB gegenüber Minderjährigen - also Kindern (Personen unter 14 Jahren), Jugendlichen (Personen

.. Gericht im Strafverfahren rechtskräftig feststellt, daß die ehrenrührige Behauptung den Tatsachen entspricht, also wahr ist, wäre es verfehlt, den Angeklagten dennoch zu bestrafen, weil er die ehrenrührige Behauptung in einem früheren Zeitpunkt aufgestellt hat, in dem der Achtungsanspruch des Betroffenen noch besteht. Zu dem Aufstellen der ehrenrührigen Behauptung muss somit als objektive Strafbarkeitsbedingung des § 186 hinzukommen, dass das Gericht entweder von der Unwahrheit der Behauptung überzeugt ist, - da dann der Wahrheitsbeweis misslungen ist, kann man auch umgekehrt den gelungenen Wahrheitsbeweis als sachlichen Strafausschliessungsgrund ansehen; so die herrschende Meinung: vgl. Maurach AT, S. 355 und BT (4), S. 144 f. - oder sich keine Überzeugung darüber bilden kann, ob die Behauptung für wahr oder unwahr zu erachten ist, also die Wahrheit der Behauptung nicht erweislich ist. Demgegenüber sieht Stratenwerth, S. 576 f., nur den begründeten Anspruch des Betroffenen auf soziale Geltung als geschütztes Rechtsgut der Beleidigungstatbestände an. Daraus folgt, dass derjenige, der eine erweislich wahre ehrenrührige Behauptung aufstellt, den begründeten Geltungsanspruch des Betroffenen nicht verletzt und daher auch nicht tatbestandsmässig i.S. des § 186 handelt. Den Unrechtsstatbestand des § 186 erfüllt vielmehr nur, wer eine erweislich unwahre oder eine unaufklärbare ehrenrührige Behauptung aufstellt. Da das Aufstellen einer erweislich wahren ehrenrührigen Behauptung gar kein Unrecht i.S. des § 186 darstellt, kann der Wahrheitsbeweis auch nicht als ein sachlicher Strafausschliessungsgrund angesehen werden. Ebenso unmöglich ist es nach dieser Ansicht, die Unwahrheit der ehrenkränkenden Behauptung oder die Nichterweislichkeit der Wahrheit als objektive Strafbarkeitsbedingung aufzufassen, da die Unwahrheit oder Unaufklärbarkeit der rufgefährdenden Behauptung zur Unrechtsmaterie des § 186 gehört.

zwischen 14 und 18 Jahren) und Heranwachsenden (Personen von 18 - 21 Jahren) - besteht. § 143 könnte demnach ein Straftatbestand sein, der die schuldhaft Verletzung einer Personenfürsorgepflicht gegenüber Personen unter 18 Jahren - also nur bis zu einem bestimmten Alter des Fürsorgebedürftigen - unter Strafe stellt.

Abgesehen von § 1626 II, 2. Halbsatz BGB, nach dem die Personenfürsorgepflicht auch die Pflicht umfasst, den Minderjährigen in allen persönlichen Angelegenheiten zu vertreten ¹⁾, bestimmt § 1631 I BGB den Inhalt der Personenfürsorge über Minderjährige. Die Personenfürsorgepflicht umfasst danach weiterhin:

- a) Die Pflicht, für das körperlich-leibliche Wohl des Minderjährigen zu sorgen ²⁾. Diese Pflicht zu ausreichen-

1) Diese Pflicht ist nicht Bestandteil der der unehelichen Mutter obliegenden Personenfürsorgepflicht, da diese nach § 1707 I, 2 BGB nur zur tatsächlichen Personenfürsorge verpflichtet ist.

2) Obwohl sie neben der Erziehungspflicht in § 1631 I BGB nicht ausdrücklich erwähnt ist, stellt die Pflicht, den Minderjährigen körperlich zu pflegen, unbestritten einen Bestandteil der Fürsorge für die Person desselben dar, da § 1631 I BGB den Inhalt der Personenfürsorgepflicht nicht erschöpfend angibt; vgl. Lehmann, S. 167; Beitzke, S. 158; Kipp, S. 318. Andererseits gehört die reine Körperpflege zwar zur Personenfürsorge, nicht aber zur Erziehung, worunter nur dasjenige zu verstehen ist, was Nagler, S. 5, als geistige und sittliche Pflege bezeichnet. Nach Kipp a.a.O., ist Erziehung die psychische (wenn auch unter Zuhilfenahme physischer Mittel) ausgeübte Beeinflussung des Kindes mit dem Ziel der (sittlich-seelischen) Charakter- und Geistesbildung. Zur Erziehung gehöre also alles Geistige, freilich auch, soweit es sich in der Beherrschung des Körpers und in der Gewohnheit guter Pflege des Körpers äussere. Vgl. auch § 1 I JWG. Anders als die körperliche Pflege wirkt die Erziehung also nicht auf den Körper, sondern auf die sittlich-seelischen und geistigen Anlagen des Minderjährigen ein, mit dem Ziel, Körper, Seele ("Charakter") und Geist des Minderjährigen bestmöglich auszubilden. Vgl. auch Kreutzahler, S. 38, nach dem bei der Pflege das Körperliche im Vordergrund steht, während sich die Erziehung an die Willens-, Gefühls- und Triebsschicht des Minderjährigen wendet und dadurch für die körperliche, geistige und sittliche Ausbildung desselben sorgt.

der körperlicher Pflege und Wartung erfüllt der Personenfürsorgeverpflichtete dadurch, dass er den zur körperlichen Entwicklung notwendigen Lebensbedarf zur Verfügung stellt (ausreichende Verpflegung, ordentliche Bekleidung und Wohnung, Gesunderhaltung durch hygienische Behandlung, - Sauberhaltung der Person, Kleidung und Wohnung -, und rechtzeitige ärztliche Hilfe)¹⁾.

- b) Die Pflicht, die geistigen und sittlich-seelischen (charakterlichen) Anlagen des Minderjährigen bestmöglich zu fördern und ihn dadurch in körperlicher, geistiger und sittlich-seelischer Beziehung gesellschaftstüchtig zu machen. Da die Sorge für die geistig-seelisch-sittliche Entwicklung unter dem Begriff der Erziehung zusammengefasst wird ²⁾, handelt es sich hier um die Erziehungspflicht.
- c) Die Pflicht, den Minderjährigen gehörig zu beaufsichtigen, die Aufsichtspflicht, und seinen Aufenthalt zu bestimmen.

Nicht zu den Pflichten zur persönlichen Fürsorge gehört dagegen die Unterhaltspflicht, die eine rein vermögens-

.. So: Staudinger (9) - Engelmann § 1631 BGB Anm. I 2, nach dem der Inhalt der Erziehung darin besteht, "in einer dem Interesse, den Fähigkeiten und Anlagen, sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche, geistige und sittliche Ausbildung des Kindes zu sorgen". Nach Peters, S. 381, bedeutet Erziehung "die Gesamtheit der seelisch-geistigen Einwirkungen, die auf das Kind ... ausgeübt werden, um die vorhandene Begabung zu entfalten und zu entwickeln sowie den jungen Menschen nach den Auffassungen und Wertmaßstäben der Eltern und sonstigen Erziehungsberechtigten zur vollwertigen Persönlichkeit und zum lebenstüchtigen Glied der Gemeinschaft zu formen". Auch Art. 6 Abs. II, 1 GG unterscheidet zwischen Pflege und Erziehung.

1) Vgl. Nagler, S. 4; Beitzke, a.a.O.

2) Siehe S. 56 Fn. 2; vgl. dazu noch Erman-Ronke § 1631 BGB Bem. 2 c): "Ziel der Erziehung ist es zu erreichen, dass ... der Heranwachsende einen für sich selbst und die Gesellschaft günstigen seelisch-geistigen Standpunkt ... gewinnt".

rechtliche Fürsorgepflicht darstellt ¹⁾. Inhaltlich ist die Unterhaltspflicht weder auf rechtliche Vertretung des Minderjährigen in persönlichen Angelegenheiten noch auf die Erbringung tatsächlicher Personenfürsorgeleistungen in Form von Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung, sondern einzig und allein auf die Zurverfügungstellung der finanziellen Mittel gerichtet, die erforderlich sind, um ausreichend für die Person des Minderjährigen zu sorgen, insbesondere ihn ordnungsgemäss pflegen und erziehen zu können. Mittelbar hängt demnach die Unterhaltspflicht mit der Pflege- und Erziehungspflicht insofern zusammen, als erst die Erfüllung der Unterhaltspflicht die Voraussetzung für eine richtige Pflege und Erziehung des Minderjährigen schafft ²⁾.

§ 143 I, 1, der die schuldhaft Verletzung der Aufsichtspflicht über Kinder und Jugendliche bestraft, stellt also ein Delikt dar, das die Verletzung einer bestimmten Personenfürsorgepflicht bis zu einem gewissen Alter des fürsorgebedürftigen Minderjährigen, - 18 Jahre -, unter Strafe stellt. Indem § 170 d denjenigen bestraft, der die ihm obliegende Pflicht verletzt, für das körperliche oder sittliche Wohl eines "Kindes" ³⁾ ausreichend zu sorgen, ist ein weiterer Bestandteil der inhaltlich von § 1631 I BGB bestimmten tatsächlichen Personenfürsorgepflicht über

1) So: Kreutzahler, S. 40 f.; Schönke-Schröder § 170 b Anm. II 1 e; Maurach BT (4), S. 395; Isermeyer, S. 39, 50 f.; BGH NJW 53, S. 618 f.; a.A. Rietzsch, DJ 43, S. 230.

2) So: BGH NJW 53, S. 1546 (1547); Kreutzahler, S. 41.

3) Über den Begriff des Kindes in § 170 d herrscht Streit. Nach herrschender Ansicht, - vgl. Maurach BT (4), S. 399; Welzel, S. 385; BGHSt 5/40 (42) - sind darunter nur Personen unter 14 Jahren zu verstehen. Demgegenüber ist der strafrechtliche Schutz des § 170 d nach Jagusch LK II (8) § 170 d Anm. 3 - ebenso § 198 E 1962 - auf Personen bis zu 16 Jahren und nach Schönke-Schröder § 170 d Anm. II, 1 und Kohlrausch-Lange (43) § 170 d Bem. III auf Personen bis zu 18 Jahren zu erstrecken. Noch weiter gehen Luther NJW 54, S. 495 und Isermeyer, S. 36-39, die als Altersgrenze 21 Jahre annehmen.

minderjährige Personen - nach herrschender Meinung allerdings nur mit der Beschränkung auf unter 14 Jahre - strafrechtlich geschützt. §§ 143, 170 d stellen also Straftaten dar, die sich gegen die Verletzung besonders wichtiger Personenfürsorgepflichten richten und somit einen grossen Teil der Personenfürsorgepflicht über Minderjährige - nämlich die Pflicht zu Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung - strafrechtlich sichern.

Die Pflicht der fürsorgepflichtigen Personen, durch Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung für die Person eines fürsorgebedürftigen Minderjährigen zu sorgen, kann auf Gesetz, - z.B. §§ 1626 II, 1631 I (eheliche Eltern) ¹⁾, 1707 I, 2 (uneheliche Mutter), 1736 (unehelicher Vater von der Ehelichkeitserklärung an), 1757 (Adoptiveltern mit der Annahme an Kindes Statt), 1793, 1800 I (Einzelvormund) ²⁾, 1909 III BGB (vorläufiger Pfleger oder Ersatzpfleger bis zur Bestellung eines Einzelvormundes) ²⁾, 46 JWG (Jugend-

-
- 1) Nach § 1626 II BGB sind auch der eheliche Scheinvater (§ 1591 I BGB) bis zur erfolgreichen Anfechtung der Ehelichkeit und der uneheliche Vater vom Zeitpunkt der nachfolgenden Eheschliessung an (§ 1719 BGB) zur Personenfürsorge verpflichtet. Die tatsächliche Personenfürsorgepflicht der natürlichen ehelichen Eltern und der unehelichen Mutter "beruht" jedoch nicht auf §§ 1626 II, 1707 I, 2 BGB, sondern ist eine elementare, vorrechtliche Pflicht, die das Gesetz nur deklaratorisch anerkennt. Vgl. Peters, S. 373 f., 375.
 - 2) Zu der Streitfrage, ob der Einzelvormund und Ersatzpfleger privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht Stellung genommen werden. Aus dem Wesen der Vormundschaft, die fehlende elterliche Gewalt zu ersetzen, wird zum Teil gefolgert, dass die pflichtgebundene Rechtsstellung des Vormunds in die familiäre Sphäre eingebettet und daher privatrechtlich sei (vgl. Maurer, FamRZ 61 S. 248). Anderer Ansicht ist das BVerfG, das die "Ersatz-Elternschaft" für nicht unter elterlicher Gewalt stehende Minderjährige nicht als Sache der Familie oder Sippe, sondern als eine fürsorgereiche Aufgabe des Staates - BVerfGE 10/302 (311): "eine der obersten Aufgaben der staatlichen Wohlfahrtspflege" - ansieht. Nach dieser Auffassung ist der private Einzelvormund - und auch der Ersatzpfleger - "Repräsentant des Staates, nicht der Eltern". Er ist danach Vertrauensperson des fürsorgenden Staates - so BVerfGE 10/302

amt als bestellter Vormund, wobei die Amtsvormundschaft von den Organen der kommunalen Jugendamtsbehörden ausgeübt wird, § 37 I, 2 JWG ¹⁾ -, Vertrag ²⁾ oder Verwaltungsakt ³⁾ beruhen.

-
- .. (328) -, dem die öffentliche Aufgabe der "Ersatz-Elternschaft" zur selbständigen und eigenverantwortlichen Wahrnehmung übertragen ist. Privater Einzelvormund und Ersatzpfleger sind nach dieser Ansicht selbständige und eigenverantwortliche Träger eines öffentlichen Amtes, vgl. BVerfGE 10/312.
- 1) Bei der - weitaus häufigeren - gesetzlichen Amtsvormundschaft über uneheliche Kinder (§ 40 JWG) obliegt dagegen den Organen des Jugendamtes nicht kraft Gesetzes die tatsächliche Personenfürsorgepflicht. Die tatsächliche Personenfürsorgepflicht obliegt nach § 1707 I, 2 BGB der unehelichen Mutter und nicht dem gesetzlichen Amtsvormund i.S. des § 40 JWG, so dass dessen Funktion insoweit auf die eines Beistandes beschränkt ist (vgl. §§ 1707 I, 3, 1685 ff. BGB).
 - 2) Durch familienrechtlichen Vertrag zugunsten des Minderjährigen können die kraft Gesetzes zur Personenfürsorge Berechtigten und Verpflichteten die Befugnis zur Ausübung einzelner Personenfürsorgerechte (Pflege-, Erziehungs- oder Beaufsichtigungsrecht) auf andere Personen (Kindermädchen, Hauslehrer, Institutsleiter) übertragen. Der die tatsächliche Personenfürsorge für Teilbereiche Übernehmende wird durch den Vertrag lediglich berechtigt, das tatsächliche Personenfürsorgerecht insoweit anstelle der Eltern als deren Gehilfe auszuüben, und dem Minderjährigen gegenüber verpflichtet, die mit dem Personenfürsorgerecht verbundenen Personenfürsorgepflichten als Vertreter der Eltern zu erfüllen. Da auch diese dem Minderjährigen gegenüber verantwortlich bleiben, bestehen eine primäre, unabwälbare und eine abgeleitete, kündbare Personenfürsorgepflicht nebeneinander. Vgl. Peters, S. 378; Nagler, S. 19-21; Niederreuther, S. 115.
 - 3) Auch der Staat kann andere Personen durch behördlichen Hoheitsakt mit der Ausübung des Personenfürsorgerechts betrauen. Das Vormundschaftsgericht kann z.B. den Eltern nach § 1666 I BGB das Personenfürsorgerecht ganz oder teilweise entziehen - anders als bei § 1676 BGB tritt kein Verlust des Personenfürsorgerechts, sondern nur eine Entziehung seiner Ausübung ein (vgl. Erman-Ronke Einl. Bem. 4a - c vor § 1626 BGB) - und nach § 1909 I BGB einen sog. Ergänzungspfleger bestellen oder nach § 64 JWG Fürsorgeerziehung anordnen. Dadurch wird die Ausübung des Personenfürsorgerechts auf den Pfleger oder den gem. § 69 III, 1 JWG in Familie oder Erziehungsheim Fürsorgepflichtigen übertragen.

Diese Pflicht zur tatsächlichen Personenfürsorge obliegt den fürsorgepflichtigen Personen gegenüber dem fürsorgebedürftigen Minderjährigen. Die Fürsorgepflichtigen - Pflege-, Erziehungs- und Aufsichtspflichtigen - sind aber auch gegenüber der staatlichen Gemeinschaft verpflichtet, ihre Personenfürsorgepflichten gegenüber dem Minderjährigen ordnungsgemäss zu erfüllen. Dies folgt daraus, dass selbst die Ausübung des elterlichen Personenfürsorgerechts von einem staatlichen Überwachungs- und Kontrollrecht überlagert ist (Art. 6 II, 2 GG) ¹⁾ und dem Staat ein Eingriffsrecht zusteht, wenn die Personenfürsorgeberechtigten ihr Personenfürsorgerecht pflichtwidrig ausüben und die damit verbundenen Personenfürsorgepflichten gegenüber dem Minderjährigen vernachlässigen (vgl. Art. 6 III GG) ²⁾.

-
- 1) Aus diesem Überwachungs- und Kontrollrecht ergibt sich notwendigerweise ein weiteres Recht des Staates, dann mit staatlichen Zwangsmitteln einschränkend in das elterliche Personenfürsorgerecht einzugreifen, wenn er im Rahmen seines Wächter- und Kontrollamtes feststellt, dass die Eltern bei der Ausübung des pflichtgebundenen Personenfürsorgerechts versagen (vgl. Art. 6 III GG). So: Peters, S. 390 f.: "Dieses 'Wachen' erschöpft sich natürlich nicht in blossen Feststellungen, sondern stellt zugleich die notwendige rechtsstaatliche Ermächtigung dar, pflichtvergessene Eltern durch Verwaltungsakt oder Verfügung des Vormundschaftsgerichts zur Erfüllung der ihnen obliegenden Pflichten anzuhalten und notfalls Zwangsmittel anzudrohen und durchzusetzen. Durch das Vormundschaftsrecht des BGB, durch das JugendwohlfahrtsG und das JugendschutzG sind die Art der Überwachung und die notfalls zu ergreifenden staatlichen und kommunalen Maßnahmen im einzelnen geregelt. ...Die Trennung der Kinder von den Eltern ist als ultima ratio unter den ... Voraussetzungen des Art. 6 III GG zulässig".
- 2) Aus diesem verfassungsrechtlich verankerten Überwachungs- und Eingriffsrecht des Staates ergibt sich ferner, dass auch der Staat dem Minderjährigen gegenüber verpflichtet ist, darüber zu wachen, dass die Personenfürsorgepflichtigen ihre Fürsorgepflichten gegenüber dem Minderjährigen erfüllen, und diesen zu schützen, wenn die Personenfürsorgepflichtigen ihre Fürsorgepflichten vernachlässigen und der Fürsorgeanspruch des Minderjährigen dadurch notleidet. Diese verfassungsrechtliche Schutzpflicht gegenüber dem Minderjährigen erfüllt der Staat dadurch, dass er die Personenfürsorgepflichtigen zur Erfüllung ihrer Personenfürsorgepflichten anhält, indem er die Vernachlässigung der Fürsorgepflichten strafrechtlich ahndet, und den Minderjährigen

Die Pflege-, Erziehungs- und Aufsichtspflicht obliegt also den Personenfürsorgepflichtigen nicht nur gegenüber dem Minderjährigen, sondern erhält durch Art. 6 II, 2, III GG auch den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung gegenüber dem Staat ¹⁾.

3. Es fragt sich daher, ob diejenigen Tatbestände, die die Verletzung bestimmter tatsächlicher Personenfürsorgepflichten unter Strafe stellen (§§ 170 d, 143 bzw. 361

.. mit den hoheitlich-fürsorgerischen Mitteln der öffentlichen Jugendhilfe schützt - z.B. durch vormundschaftsgerichtliche Anordnung der Fürsorgeerziehung gem. §§ 64, 65 JWG i.V. mit §§ 1666, 1838 BGB oder durch Bestellung eines Erziehungsbeistandes gem. §§ 56, 57 JWG i.V.m. § 55 JWG -, wenn die Personenfürsorgepflichtigen ihren Fürsorgepflichten nicht nachkommen.

- 1) So: Peters, S. 388 f., der die tatsächliche Personenfürsorgepflicht der Eltern als eine verfassungsrechtliche Pflicht der Eltern bezeichnet, die - ebenso wie die verfassungsrechtlich gewährten (Grund-) Rechte - gegenüber dem Staat besteht. Auch nach Nagler, S. 2 f. ist die Personenfürsorgepflicht doppelspurig und besteht nicht nur gegenüber dem pflege- und schutzbedürftigen Minderjährigen, sondern auch gegenüber der Volksgemeinschaft. Die Fürsorgeverpflichtung bleibe, soweit sie im Verhältnis zum Minderjährigen gelte, innerhalb der Ebene des Privatrechts und sei eine spezifisch familienrechtliche Pflicht. Dagegen überschreite die Sorgepflicht, die der Volksgemeinschaft geschuldet werde, den engeren Bereich der Familie und habe hoheitsrechtlichen Charakter. Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung der Minderjährigen bedeute also für deren Gewalthaber, vorab die Eltern, zugleich eine Leistung zu Händen der Volksgemeinschaft und müsse daher von ihnen auch als eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung erfüllt werden (so: Nagler, S. 1). Auch Kreutzahler, S. 24 f., 27 spricht davon, dass die Personenfürsorgepflicht eine privatrechtliche und eine öffentlich-rechtliche Seite habe und sowohl gegenüber dem Minderjährigen als auch gegenüber dem Staat bestehe. In gleicher Weise führt auch Maurach BT (4), S. 386 aus, dass die in den Tatbeständen der §§ 170 b, 170 d, 143, 361 Z. 9 genannten Unterhalts- und Erziehungspflichten der privatrechtlichen Sphäre entwachsen sind und ihre Beobachtung zum Anliegen der Allgemeinheit geworden ist.

Z. 9) die Strafdrohung an eine Verletzung der Personenfürsorgepflicht gegenüber dem minderjährigen Fürsorgebedürftigen knüpfen, oder ob sie die Verletzung der gegenüber dem Staat bestehenden öffentlich-rechtlichen Personenfürsorgepflicht mit Strafe bedrohen. Diese Straftatbestände würden demnach im ersten Fall das Wohl des Fürsorgebedürftigen und im zweiten Fall das Wohl des Staates schützen. Die Antwort auf diese Frage hängt daher davon ab, in wessen Interesse der Gesetzgeber die Straftatbestände der §§ 170 d, 143 (361 Z. 9) eingeführt und damit die Vernachlässigung der Fürsorge- (Pflege-), Erziehungs- und Aufsichtspflicht unter Strafe gestellt hat.

Vor Einführung der §§ 170 d, 143 (139 b, 4 JVO) wurde die Frage, ob die Fürsorgepflichtverletzung im Interesse der Allgemeinheit, des Staates oder im Interesse des Einzelnen, nämlich des fürsorgebedürftigen Kindes oder Jugendlichen, unter Strafe zu stellen sei, überwiegend ¹⁾ im ersteren Sinne beantwortet. Frieda Duensing sah z.B. die den Eltern, Vormündern usw. obliegende Pflicht zur Sorge für die Person Minderjähriger nur als eine dem Staat gegenüber bestehende öffentlich-rechtliche Pflicht an ²⁾. Daher konnte

-
- 1) Dagegen sprach Binding, Lb. I, S. 235 f. von den familienrechtlichen Pflichten als dem Angriffsobjekte und beklagte das Fehlen eines Tatbestandes, der die Verletzung familienrechtlicher Pflichten, insbesondere der "Alimentations- und Erziehungs (Fürsorge-) Pflicht", strafrechtlich schütze. Ein solcher von Binding gewünschter Tatbestand würde im Interesse des Kindes oder Jugendlichen aufgestellt und schützte ihren Anspruch auf Fürsorge. Dementsprechend war Binding a.a.O. der Ansicht, dass die Übertretungen des § 361 Z. 9 und 4, 3. Altern. überwiegend zum Schutze der Familienpflichten aufgestellt sind und sich in erster Linie gegen die Korruption der eigenen Kinder richten.
 - 2) Frieda Duensing ging davon aus, dass die Sorge für das persönliche Wohl Minderjähriger eine Aufgabe des Staates ist, so dass die Sorgepflichten und -rechte der Eltern und Vormünder nur Delegationen des Staates sind. Die gesunde Entwicklung seiner minderjährigen Bürger sei ein eminent wertvolles Gut des Staates, das von den Eltern oder Vormündern der Minderjährigen nur wahrgenommen werde. Eltern und Vormünder seien lediglich Verwalter dieses Gutes. Die Pflicht der Eltern, für das Wohl des Kindes zu sorgen, sei daher eine Pflicht, welche sie

sie auch die Fürsorgepflichtverletzung nur als eine Verletzung der dem Staat gegenüber bestehenden Pflicht zur Jugendfürsorge auffassen ¹⁾. Demzufolge betrachtete sie das staatliche Interesse an der gesunden Entwicklung der Jugend ²⁾ als das geschützte Rechtsgut des von ihr geforderten Fürsorgepflichtverletzungsdeliktes ³⁾ und schlug vor, dieses Delikt als eine Straftat gegen die öffentliche Ordnung in das System des RStGB aufzunehmen ⁴⁾. Auch Nagler trat nach Einführung des § 4 JVO für die Schaffung eines umfassenden Tatbestandes der Fürsorgepflichtverletzung ein ⁵⁾, für dessen Gestaltung ebenfalls nur die

.. nur dem Staat gegenüber - und nicht auch dem Kind gegenüber - hätten. Die Sorgepflicht der Eltern sei ausschliesslich eine öffentlich-rechtliche Pflicht, eine Staatsbürgerpflicht, die die Erzeuger des Kindes als Bürger des Staates diesem gegenüber zu erfüllen hätten. Ebenso könne nicht zweifelhaft sein, dass die entsprechende Pflicht des Vormunds eine öffentlich-rechtliche sei. So: Duensing, S. 5 f.: vgl. auch S. 19, 20.

- 1) Vgl. Duensing, S. 7: "Das Verbot, das Wohl Minderjähriger zu verletzen oder zu gefährden, richtet sich ... an alle die, denen diese Pflicht dem Staate gegenüber obliegt"; vgl. ferner S. 8 - 10.
- 2) Vgl. Duensing, S. 4, 7, 8, 12 f.
- 3) Vgl. Duensing, S. 84: der von ihr de lege ferenda geforderte Tatbestand ist oben S. 32 angegeben.
- 4) Vgl. Duensing, S. 85; siehe auch S. 12.
- 5) Nagler befürwortete, die schuldhaft Verletzung der Pflege-, Erziehungs- und Aufsichtspflicht in einem selbständigen Grundtatbestand zusammenzufassen (vgl. S. 9 f., 16), der den Fürsorgepflichtigen mit Strafe bedroht, wenn das Kind oder der Jugendliche durch die Verletzung dieser Pflichten der Gefahr der Verwahrlosung ausgesetzt worden ist. Vgl. dazu S. 11-13, 15. Hier führt Nagler aus, dass der Tatbestand der Fürsorgepflichtverletzung einer einengenden Begrenzung bedürfe, für die sich die Gefahr der Verwahrlosung von selbst anbiete. Würde nämlich die schuldhaft Verletzung der Fürsorgepflicht in jedem Falle Strafe nach sich ziehen, so würde der Tatbestand viel zu weit ausgreifen und auch Fürsorgepflichtverletzungen minderer Bedeutung der kriminellen Bestrafung unterwerfen. Daher dürfe die schuldhaft Verletzung der Fürsorgepflicht nur unter der Voraussetzung bestraft werden, dass dadurch eine Verwahrlosung des Kindes oder Jugendlichen zu besorgen sei.

öffentlich-rechtliche Fürsorgeverbindlichkeit gegenüber dem Staat und nicht die privatrechtliche Fürsorgepflicht gegenüber dem Kind oder Jugendlichen in Betracht kommen könne" ¹⁾. Dieser von ihm de lege ferenda geforderte Tatbestand, der die schuldhaftige Verletzung der Pflege-, Erziehungs- und Aufsichtspflicht unter Strafe stellt, richtet sich daher nach Nagler gegen den "Anspruch des Gemeinwesens auf Erfüllung der Fürsorgeverbindlichkeit" ²⁾ und gehört damit zu den Straftaten gegen die Volksgemeinschaft ²⁾.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Auffassung auch für die jetzigen §§ 170 d, 143 (361 Z. 9) beigespflichtet werden kann.

- a) Für § 170 d darf diese Ansicht heute als überwunden gelten. Frieda Duensing geht zu Unrecht davon aus, dass die Personenfürsorgepflicht nur gegenüber dem Staat, und nicht gegenüber dem Minderjährigen bestehe. Die Pflicht der fürsorgepflichtigen Personen, für das persönliche Wohl ihrer minderjährigen Schutzbefohlenen zu sorgen, ist nicht nur als eine Pflicht gegenüber dem Staat, sondern vor allem auch als eine Pflicht gegenüber dem Fürsorgebedürftigen zu begreifen. Der Folgerung Frieda Duensings, dass bei Nichterbringung der Fürsorgeleistung zwangsläufig ein Anspruch des Staates verletzt sein müsse, kann daher nicht zugestimmt werden. Vielmehr kann - entgegen Frieda Duensing - die Verletzung der dem Staat oder der dem Kind gegenüber bestehenden Pflege- und Erziehungspflicht unter Strafe gestellt sein, wenn § 170 d denjenigen mit Strafe bedroht, der die ihm obliegende Pflicht zur Pflege oder Erziehung eines Kindes gröblich vernachlässigt. Dabei herrscht heute die Ansicht vor, dass § 170 d die Verletzung der dem Kind gegenüber bestehenden Pflege- und Erziehungspflicht treffen will. Danach schützt § 170 d nicht den "Anspruch des Gemeinwesens auf Erfüllung der Fürsorgeverbindlichkeit". Der "Anspruch des Kindes auf

1) Vgl. Nagler, S. 10 und 4.

2) Vgl. Nagler, S. 11.

Fürsorge" ¹⁾ ist vielmehr das von § 170 d geschützte Rechtsgut. § 170 d ist also im Interesse des Kindes geschaffen worden und dient somit dem Wohl des Kindes. Da die Vernachlässigung der Pflege- und Erziehungspflicht die Persönlichkeitsstruktur des Kindes beeinträchtigt, das sich nicht normal entwickelt und dadurch Entwicklungsschäden erleidet, besteht der Zweck des § 170 d darin, die normale Entwicklung der Kinder zu schützen ²⁾. Der massgebliche Grund zur Schaffung des § 170 d war also der Schutz der gesunden körperlichen und sittlichen Entwicklung der frühen Jugend ³⁾ und § 170 d ist daher auf den Schutz des Kindes vor einer Gefährdung seiner körperlichen und sittlich-seelischen Entwicklung ausgerichtet.

1) So: Maurach BT (4), S. 399.

2) Vgl. Kreutzahler, S. 42,44,47,61,86. Nach Welzel, S. 381, 385 stellt § 170 d die Vernachlässigung der Fürsorge- und Erziehungspflichten als eine Verletzung familienrechtlicher Pflichten unter Strafe, so dass der Fürsorgeanspruch des Kindes geschütztes Rechtsgut ist (So: Maurach BT (4), S. 399). Dass § 170 d das Wohl des Kindes schützt, ergibt sich auch daraus, dass § 170 d nach Welzel, S. 385 und Sauer BT S. 550 bezüglich der Gefährdung des körperlichen Wohls die §§ 223 b, 221 ergänzt. Nach Luther, NJW 54, 495 ist Ziel des § 170 d, "den durch § 1666 BGB gewährten Schutz eines Kindes vor Gefährdung durch Missbrauch oder Vernachlässigung strafrechtlich zu untermauern". Vgl. auch Licht, S. 28 f., nach dem § 170 d nur das Wohl des Kindes, den Fürsorge- und Erziehungszweck, im Auge hat. Auch Isermeyer, S. 49, 65 führt aus, dass sich § 170 d dadurch von § 143 unterscheidet, dass dieser weniger dem Schutz des Kindes als dem Schutz des Rechtsfriedens und der Rechtsgüter diene, die durch die Straftat des Kindes unmittelbar getroffen werden, während § 170 d die Fürsorge und Erziehung für den jungen Menschen sicherstellen und dessen gesunde Entwicklung fördern soll. Dem widersprechen jedoch Isermeyers Ausführungen auf S. 13 f., nach denen § 170 d auf dem Persönlichkeits- und dem Gemeinschaftsgedanken beruhe. Ersterer erfordere Förderung und Schutz des Kindes um seiner selbst willen, so dass durch ihn der Anspruch des Kindes auf Fürsorge geschützt werde. Der Gemeinschaftsgedanke fordere dagegen den Schutz des § 170 d für das Kind als Glied von Staat und Gesellschaft um deren Interessen willen. In § 170 d trete nun das schutzbedürftige Interesse des Kindes gegenüber dem Gedanken, Gemeinschaftsinteressen zu wahren, in den Hintergrund. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, wie im folgenden noch darzulegen ist.

3) § 170 d schützt zwar nur Kinder bis zu vierzehn Jahren. § 198 E 1962 verlangt jedoch mit Recht eine Ausdehnung des Schutzes auf Jugendliche bis zu 16 Jahren.

Daneben dient § 170 d auch einem staatlichen Interesse, da alles, was im Interesse des Kindes geschieht, auch gleichzeitig im Interesse des Staates liegt ¹⁾. Aus der Tatsache, dass das Kind von heute der Staatsbürger von morgen ist und somit das Schicksal des Staates von der Qualität seines Nachwuchses abhängt ²⁾, folgt, dass auch der Staat ein Interesse an der gesunden körperlichen und sittlich-seelischen Entwicklung der Kinder und Jugendlichen haben muss ³⁾.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass § 170 d neben dem Wohl des Kindes als dem dominanten Rechtsgut noch ein weiteres Rechtsgut - das staatliche Interesse an der gesunden Entwicklung der Kinder - schützt. Der Tatsache, dass § 170 d auch das Interesse des Staates an der gesunden Entwicklung der Kinder fördert, kommt vielmehr nur die allgemeine Bedeutung zu, dass der Staat durch jeden Erlass einer Strafbestimmung, die ein Rechtsgut schützt, auch sein Interesse an diesem Lebenswert bekundet ⁴⁾. In diesem Sinne ist jedoch jedes Rechtsgut "stets ein Rechtsgut der Gesamtheit, mag es scheinbar noch so individuell sein" ⁵⁾. Wenn auch bei einem individuellen Rechtsgut stets die Interessen der Allgemeinheit eine Rolle spielen und der Staat aus der Verletzung dieses Rechtsguts berechtigt wird (staatlicher Strafanspruch), so bleibt es dennoch ein Rechtsgut

1) So: Kreutzahler, S. 28.

2) Vgl. Duensing, S. 7/8; Nagler, S. 2,3; Licht, S. 3; Isermeyer, S. 13.

3) Jagusch in LK II (8) § 170 d Anm. 1 stellt dieses staatliche Interesse in den Vordergrund. Nach ihm dient § 170 d dem öffentlichen Interesse an der körperlichen und sittlichen Gesundheit der Jugend. Geht man davon aus, so ist das staatliche Interesse an der gesunden Entwicklung der Jugend das von § 170 d geschützte Rechtsgut. Damit kehrt Jagusch zu der Auffassung Frieda Duensing zurück.

4) So: Kreutzahler, S. 44 f.

5) So: Binding Normen I, S. 358; ebenso: Hellmuth Mayer, S. 52 (vgl. auch S. 53 zum Begriff des Rechtsguts: "Geschützt ist das Gut selbst als Bedingung gesunden Soziallebens").

des Einzelnen 1).

Daraus folgt, dass § 170 d den Fürsorgepflichtigen nur zur Erfüllung seiner Fürsorgepflichten gegenüber dem Kind anhalten und diese Bestimmung daher einzig und allein die gesunde Entwicklung des Kindes strafrechtlich sichern will 2).

- b) Es ist jedoch zweifelhaft, ob § 143 (§ 361 Z. 9) die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht ebenfalls nur im Interesse des Kindes oder Jugendlichen mit Strafe bedroht und damit das gleiche Rechtsgut wie § 170 d schützt.

Für eine solche Annahme spricht, dass die tatsächliche Sorge für die Person Minderjähriger im wesentlichen in der Gewährung von Pflege und Erziehung und in der Beaufsichtigung des fürsorgebedürftigen Minderjährigen besteht. Es liegt daher nahe, dass die §§ 170 d, 143 (bzw. § 361 Z. 9) diese tatsächlichen Personenfürsorgepflichten, die dem Personenfürsorgepflichtigen gegenüber dem fürsorgebedürftigen Minderjährigen obliegen, bis zu einem bestimmten Alter desselben strafrechtlich sichern und so dem Anspruch des Fürsorgebedürftigen auf Gewährung tatsächlicher Personenfürsorge einen umfassenden Strafschutz zuteil werden lassen. In diesem Falle stellt § 143 (bzw. § 361 Z. 9) nur einen den § 170 d ergänzenden Straftatbestand dar. Während § 170 d den Anspruch des Kindes auf Pflege und Erziehung schützt, würde § 143 (§ 361 Z. 9) den Anspruch des Kindes oder Jugendlichen auf Beaufsichtigung schützen.

1) Daher kann auch Licht nicht gefolgt werden, der S. 28 ausführt, dass § 170 d die Fürsorge und Erziehung für den jungen Menschen sicherstellen will und damit familienrechtliche Pflichten berühre, die jedoch durch den staatlichen Strafschutz aus der Sphäre des Privatrechts herausgehoben und als öffentlich-rechtliche Pflichten gekennzeichnet seien. (Hervorhebung vom Verfasser).

2) So Kreutzahler, S. 61: "Bei § 170 d ist das normmotivierende Rechtsgut der Schutz der Entwicklung des Kindes, ohne dass noch weitere Rechtsgüter einbezogen werden"; vgl. auch S. 86.

Die Richtigkeit dieser Annahme setzt jedoch voraus, dass die Aufsichtspflicht, deren Verletzung § 143 (bzw. 361 Z. 9) mit Strafe bedroht, wesensgleich ist mit der Pflege- und Erziehungspflicht, deren Verletzung in § 170 d unter Strafe gestellt ist. Bei näherer Prüfung dieser Frage zeigt sich aber, dass sich die Aufsichtspflicht erheblich von der Pflege- und Erziehungspflicht unterscheidet.

Zunächst fällt auf, dass die Pflege- und Erziehungspflicht darauf abzielt, durch Gewährung von Pflege und Erziehung positiv auf die körperliche und sittlich-seelische Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen einzuwirken und deren Entwicklung positiv zu beeinflussen, während die Aufsichtspflicht rein negativ darauf gerichtet ist, eine Gefährdung oder Schädigung der körperlichen oder sittlich-seelischen Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen zu verhindern ¹⁾. Die Aufsichtspflicht unterscheidet sich also von der Pflege- und Erziehungspflicht dadurch, dass sie eine reine Schadensverhinderungspflicht ist ²⁾.

Darüber hinaus dient die Aufsichtspflicht nicht nur - wie die Pflege- und Erziehungspflicht - dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen, sondern ist als Schadensverhütungspflicht auch drittbezogen. Die Aufsichtspflicht über Kinder und Jugendliche dient also nicht nur dem Zweck, die

1) Nach Späth, S. 128, besteht die Personenfürsorge auf der einen Seite aus der Erziehung als einem pluspoligen, in die Zukunft weisenden, ganz auf den zu formenden Menschen einwirkenden Strom der Einflussnahme. Dem stehe auf der anderen Seite die Aufsicht als ein nach innen auf den jungen Menschen und nach aussen auf Dritte wirkender, minuspoliger, d.h. auf die Abwehr fremder Einflüsse gerichteter Strom gegenüber. Darauf beruht auch die von Späth, S. 91, 93 vorgenommene Abgrenzung zwischen § 143 (damals § 139 b) und § 170 d. Danach will § 143 das schuldhaft unterlassene Einschreiten gegenüber einer Gefährdung des jungen Menschen bestrafen, zu der dieser selbst infolge seiner erwachenden Kriminalität den Anstoss gegeben hat. Demgegenüber will § 170 d nach Späth eine Gefährdung des Kindes bestrafen, die allein auf das Tun bzw. Nichttun der Erziehungsperson zurückzuführen ist, und bei der das Kind ganz der leidende Teil ist.

2) So: Esser, S. 884: "spezifische Schadensverhinderungspflicht"; auf S. 885 bezeichnet er sie als eine Schadensverhütungspflicht.

für das körperliche oder sittliche Wohl des Aufsichtsbedürftigen selbst drohenden Gefahren von ihm fernzuhalten, sondern ist auch darauf gerichtet, dritte Personen - oder auch die Rechtsgemeinschaft - vor einer Schädigung durch den Aufsichtsbedürftigen zu bewahren. Der Aufsichtspflichtige ist daher nicht nur verpflichtet, eine Schädigung des Kindes oder Jugendlichen zu verhüten. Die ihm obliegende Aufsichtspflicht schliesst vielmehr auch die Pflicht ein, dritte Personen oder die Rechtsgemeinschaft vor Schaden durch Handlungen des Kindes oder Jugendlichen zu bewahren¹⁾.

Entsprechend ihrer verschiedenartigen Schutzrichtung besteht also die Aufsichtspflicht als eine Schadensverhinderungspflicht gegenüber verschiedenen Rechtssubjekten. Es fragt sich daher, an welche dieser zweckverschiedenen Aufsichtspflichten § 143 (bzw. § 361 Z. 9) anknüpft, wenn er die Verletzung der Aufsichtspflicht über Kinder und Jugendliche mit Strafe bedroht.

1) Vgl. Erman-Ronke § 1631 BGB Bem. 3a) und 3 b); Palandt-Lauterbach § 1631 BGB Anm. 3; Beitzke, S. 160; Lehmann, S. 168. Nach Schröder in Soergel-Siebert § 832 BGB Rdnr. 1 trifft den Aufsichtspflichtigen eine doppelte Aufsichtspflicht: gegenüber dem zu Beaufsichtigenden und sodann gegenüber Dritten, die durch den zu Beaufsichtigenden Schaden erleiden. Nach Späth, S. 122 ist die Aufsichtspflicht mehrgliedrig und besteht gegenüber dem Minderjährigen, dem Staat und auch gegenüber Dritten; vgl. auch S. 90: "Die Aufsichtspflicht zeigt ein doppeltes Gesicht hinsichtlich ihres Zweckes: sowohl Bewahrung Dritter als auch Bewahrung des jungen Menschen vor Schaden". Ebenso Kreutzhaller, S. 38: "Die Aufsicht... hat zum Ziel, das Kind oder Dritte vor Schaden zu bewahren". Kreutzhaller grenzt a.a.O. die "Aufsichtspflicht" als den Oberbegriff von der Obhutspflicht ab, unter der er nur die Pflicht versteht, den Aufsichtsbedürftigen vor Schädigung seines körperlichen Wohls zu bewahren; so auch Schönke-Schröder § 223 b Anm. II 2 a: "Pflicht zur unmittelbaren körperlichen Beaufsichtigung". Auf S. 37 weist Kreutzhaller ferner darauf hin, dass am Anfang der Entwicklung des Kindes die Aufsicht mit dem Zweck im Vordergrund steht, das noch unbeholfene, kleine Wesen vor Schaden zu bewahren. Aber je mehr die Erziehung wirksam werde, die Entwicklung zur Selbstständigkeit fortschreite und die Selbsterziehung hinzutrete, wendele sich die Aufsicht insofern, als die Aufgabe, Dritte vor Schaden durch Handlungen des Kindes oder Jugendlichen zu bewahren, stärker hervortrete.

Einerseits besteht die Aufsichtspflicht, die darauf gerichtet ist, das Kind oder den Jugendlichen selbst vor Schaden zu bewahren, ebenso wie die Pflege- und Erziehungspflicht sowohl gegenüber dem Aufsichtsbedürftigen als auch gegenüber dem Staat. Die Pflicht, dritte Personen oder die Rechtsgemeinschaft durch gehörige Beaufsichtigung der Kinder und Jugendlichen vor schädigenden Handlungen derselben zu bewahren, obliegt dem Aufsichtspflichtigen andererseits gegenüber Dritten und der Allgemeinheit. Stellt § 143 die Verletzung der gegenüber dem Kind oder Jugendlichen bestehenden Aufsichtspflicht unter Strafe, so ist diese Bestimmung ebenso wie § 170 d im Interesse des Schutzbefohlenen geschaffen worden, dessen gesunde sittlich-rechtliche Entwicklung durch die Begehung einer Straftat gefährdet und durch ein Abgleiten in die Kriminalität für immer in falsche Bahnen gelenkt werden kann. Knüpft aber § 143 die Strafdrohung vorwiegend an die Verletzung der gegenüber dem Staat bestehenden Pflicht des Aufsichtspflichtigen, Kinder und Jugendliche durch gehörige Beaufsichtigung vor der Begehung krimineller Unrechthandlungen zu bewahren, so schützt § 143 in erster Linie das Interesse der staatlichen Gemeinschaft an einer gesunden sittlich-rechtlichen Entwicklung der ihr angehörenden Kinder und Jugendlichen. Bestraft jedoch § 143 die Verletzung der gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit bestehenden Pflicht, dritte Personen oder die Rechtsgemeinschaft durch gehörige Beaufsichtigung der Kinder und Jugendlichen davor zu bewahren, dass diese mit Strafe bedrohte Unrechthandlungen begehen, so dient § 143 dem Schutz der dritten Personen oder der Allgemeinheit, deren strafrechtlich geschützte Rechtsgüter der Aufsichtsbeholdene in rechtswidriger Weise angegriffen hat.

§ 143 könnte also die Verletzung der Aufsichtspflicht im Interesse des Aufsichtsbedürftigen unter Strafe stellen, um die gesunde sittlich-rechtliche Entwicklung des Aufsichtsbedürftigen zu fördern und ihn vor einer sittlich-rechtlichen Fehlentwicklung - nämlich einer drohenden

kriminellen Verwahrlosung - zu bewahren. § 143 könnte aber auch im Interesse der Allgemeinheit aufgestellt worden sein, um die gesunde sittlich-rechtliche Entwicklung der Kinder und Jugendlichen als den Staatsbürgern von morgen sicherzustellen, oder um die von der Rechtsgemeinschaft mit Strafschutz ausgestatteten Individual- oder Gemeinschaftswerte vor einer Verletzung oder Gefährdung durch aufsichtsbedürftige Kinder und Jugendliche zu schützen. § 143 könnte schliesslich auch dem Schutz dritter Personen dienen, deren Rechtsgüter durch Unrechtshandlungen aufsichtsbedürftiger Kinder und Jugendlicher verletzt oder gefährdet werden ¹⁾.

In der Rechtslehre ²⁾ wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass der Wesensverschiedenheit zwischen der Aufsichtspflicht und der Pflege- und Erziehungspflicht keinerlei

1) So führt z.B. Späth auf S. 1 f. aus, dass § 143 (§ 139 b) zwar eine Schutzvorschrift für die Jugend sei, er aber andererseits an eine Straftat eines jungen Menschen, also an eine Verletzung von Personen, Gütern und Einrichtungen, anknüpfe, die durch die staatliche Rechtsordnung geschützt seien. § 143 liege daher am Schnittpunkt beider Pflichtenseiten, der Aufsichtspflicht als Pflicht gegenüber Dritten und der Aufsichtspflicht als Familienpflicht oder als öffentlich-rechtlicher Pflicht, die beide den Schutz des jungen Menschen selbst im Auge haben. Auf S. 3 f. legt er ebenfalls dar, dass durch die Begehung der mit Strafe bedrohten Handlung seitens des Aufsichtsbefohlenen eine Schädigung eines einzelnen Dritten oder der Öffentlichkeit als solcher eintrete, und dass sie zugleich eine Schädigung (oder Gefährdung) des jungen Menschen in moralisch-sittlicher Hinsicht nach sich ziehe, womit auch die staatlichen Interessen am Wohle der Jugend geschädigt würden. Er bemerkt dazu weiterhin, dass § 143 den Aufsichtspflichtigen für alle diese Schädigungen strafrechtlich zur Verantwortung ziehe.

2) In der Literatur werden die §§ 143, 170 d häufig als gleichartige Tatbestände behandelt, die die Verletzung familienrechtlicher Fürsorgepflichten gegenüber dem Kind oder Jugendlichen mit Strafe bedrohen; so: Welzel, S. 381, 385 f.; Maurach BT (4), S. 386; Kreutzhaller, S. 41-49, 86, 101; so auch Blei, FamRZ 61, S. 138 für §§ 198, 199 E 1960.

Bedeutung für die Straftatbestände der Pflege- und Erziehungspflichtverletzung (§ 170 d) und der Aufsichtspflichtverletzung (§ 143) zukommt. Danach bestraft § 143 nicht die Verletzung der drittgerichteten, sondern einzig und allein die Vernachlässigung der gegenüber dem Kind oder Jugendlichen bestehenden Aufsichtspflicht. Nach Welzel und Maurach ¹⁾ will § 143 das Kind oder den Jugendlichen vor einer durch die Verletzung der Aufsichtspflicht herbeigeführten Gefahr krimineller Verwahrlosung schützen. Ebenso wie § 170 d allein die gesunde körperliche und sittliche Entwicklung des Kindes schützt und dabei mittelbar auch dem Interesse des Staates an einer gesunden Entwicklung seines Nachwuchses dient, ist danach der Schutz der gesunden sittlich-rechtlichen Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen auch das von § 143 (bzw. § 361 Z. 9) geschützte Rechtsgut ²⁾, womit wiederum ein mittelbarer Schutz staatlicher Interessen verbunden ist.

Gegen eine solche Gleichstellung der §§ 170 d, 143 sprechen jedoch die folgenden Erwägungen.

1) Vgl. Welzel S. 386; Maurach BT (4), S. 401.

2) So Kreutzhaller, S. 101. Nach ihm (vgl. S. 63) lagen bei den in den früheren Entwürfen enthaltenen Aufsichtspflichtverletzungstatbeständen der Schutz der öffentlichen Ordnung und der Schutz der Entwicklung der Jugend als normmotivierende Rechtsgüter im Widerstreit (vgl. einerseits § 182 GE 1911 und andererseits § 276 E 1919). Überblicke man aber die Entwicklung der Bestimmungen über Aufsichtspflichtverletzungen, so setze sich auch hier, wie bei § 170 d, das normmotivierende Rechtsgut des Schutzes der Entwicklung der Jugend gegen dasjenige des Schutzes der öffentlichen Ordnung durch (S. 67). Vgl. aber die Bemerkung Kreutzhallers auf S. 106, dass durch § 143 zwei Rechtsgüter gleichzeitig geschützt werden sollen und sich gerade das normmotivierende Rechtsgut des Schutzes der Entwicklung der Jugend gegenüber demjenigen des Schutzes der öffentlichen Ordnung nicht voll durchsetzen konnte. Vgl. auch S. 147 f., wo Kreutzhaller davon spricht, dass der Schutz der öffentlichen Ordnung nicht mehr normmotivierendes Rechtsgut des § 143 sein dürfe; vielmehr müsse der Schutz der Jugend als normmotivierend angesehen werden und § 143 sei daher systematisch in den gleichen Abschnitt wie § 170 d einzuordnen.

Geht man von der Ansicht aus, dass die infolge unzureichender Beaufsichtigung begangene Straftat des Aufsichtsbefohlenen nur als ein Anzeichen ¹⁾ für eine durch die Aufsichtspflichtverletzung herbeigeführte kriminelle Gefährdung des Aufsichtsbefohlenen aufzufassen sei und § 143 die (schuldhafte) Herbeiführung einer kriminellen Gefährdung des Kindes oder Jugendlichen unter Strafe stelle, so zeigt sich nämlich, dass die unter § 143 fallenden Sachverhalte meistens auch von § 170 d erfasst werden und § 143 daher weitgehend überflüssig ist. Dies liegt einmal darin begründet, dass die nach § 143 zu bestrafende kriminelle Gefährdung nur ein Fall der von § 170 d unter Strafe gestellten Gefährdung des sittlichen Wohles ist. Da die kriminelle Gefährdung die stärkste Form der Gefährdung des sittlichen Wohles ist, ist in jedem Falle, in dem der Aufsichtsbedürftige durch die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht eine Straftat begeht und somit einer kriminellen Gefährdung ausgesetzt wird, zugleich auch eine Gefährdung des sittlichen Wohls i.S. des § 170 d gegeben.

.. Welzel, S. 386 sieht das Wesen des § 143 in einer Jugendgefährdung durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht. § 143 soll die Jugend vor krimineller Verwahrlosung oder krimineller Gefährdung schützen. Welzel verlangt daher als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 143, dass durch die Aufsichtspflichtverletzung eine kriminelle Verwahrlosung des Jugendlichen eintritt oder der Jugendliche dadurch wenigstens der Gefahr krimineller Verwahrlosung ausgesetzt wird. Die weitere Frage, ob § 143 diese Jugendgefährdung im Interesse des gefährdeten Kindes oder Jugendlichen oder im Interesse des Staates mit Strafe bedroht, beantwortet Welzel im ersten Sinne. Dies folgt daraus, dass Welzel § 143 ebenso wie § 170 d als ein Delikt gegen familienrechtliche Erziehungs- und Fürsorgepflichten begreift (vgl. S. 72 Fn. 2) und damit klarstellt, dass § 143 den Aufsichtsanspruch des Kindes oder Jugendlichen - und nicht den des Staates - vor Verletzung schützt. Wie Welzel auch: Maurach BT (4), S. 401, 386.

- 1) Nach Welzel, S. 386 ist die Tat des Jugendlichen ein objektives, gesetzliches Indiz für seine kriminelle Gefährdung.

Zum zweiten stimmt der Täterkreis des § 170 d mit dem von § 143 II umschriebenen Täterkreis des § 143 überein. Neben den kraft Gesetzes zur Personenfürsorge Verpflichteten können nach § 143 II noch diejenigen Personen Täter der §§ 143, 170 d sein, denen das Kind bzw. der Jugendliche zur Erziehung oder Pflege ganz oder überwiegend anvertraut ist, d.h. denen eine - vertraglich oder tatsächlich begründete - Pflege- oder Erziehungspflicht und damit auch eine Aufsichtspflicht über das Kind oder den Jugendlichen obliegt ¹⁾. Als dritte Ursache für das weitgehende Aufgehen des § 143 in § 170 d ist schliesslich die Tatsache anzusehen, dass die Aufsichtspflicht, deren Verletzung die kriminelle Gefährdung des Aufsichtsbedürftigen bewirkt, eng mit der Erziehungspflicht zusammenhängt. Hat der Aufsichtspflichtige die Pflicht vernachlässigt, den Aufsichtsbedürftigen durch gehörige Beaufsichtigung vor einer kriminellen Gefährdung und damit vor der Gefahr einer sittlich-rechtlichen Fehlentwicklung zu bewahren, so kann ihm meistens ²⁾ auch der Vorwurf gemacht werden, er habe die Erziehungspflicht mangelhaft erfüllt. Denn er habe es versäumt, durch ständige Erziehungstätigkeit die sittlich-rechtliche Entwicklung des jungen Menschen positiv

-
- 1) Vgl. Schönke-Schröder § 170 d Anm. IV, § 143 Anm. V; Isermeyer, S. 40 f.; a.M. Maurach BT (4), der für § 143 auch ein tatsächlich begründetes Aufsichtsverhältnis genügen lässt (S. 401), während für § 170 d nur vertraglich übernommene Erziehungs- und Fürsorgepflichten ausreichen sollen (S. 399).
 - 2) Da die Erziehung als eine grosse Kette von Handlungen und Unterlassungen zu verstehen und für den Erfolg der Erziehung Dauereinwirkung nötig ist - vgl. Kreutzahler, S. 39, nach dem die Erziehung nur bei einiger Dauer wirksam sein kann -, kann bei kurzfristigen Beaufsichtungsverhältnissen neben der Aufsichtspflichtverletzung nicht auch eine Erziehungspflichtverletzung vorliegen. Da auch kurzfristige Beaufsichtungsverhältnisse eine Aufsichtspflicht i.S. des § 143 begründen können (vgl. Schönke-Schröder § 143 Anm. V; a.M. Maurach BT (4), S. 401), kann hier § 143 erfüllt sein, ohne dass zugleich § 170 d gegeben ist.

zu fördern und ihn charakterlich so zu festigen, dass durch Umweltreize oder Anlagemängel bedingte ¹⁾ rechtsfeindliche Antriebe in ihm nicht zur Entfaltung gelangen können.

Bei dieser weitgehenden Übereinstimmung zwischen § 143 und § 170 d fragt es sich, ob für § 143 als einen eigenständigen Straftatbestand überhaupt ein Bedürfnis besteht. Bestraft § 143 nur die Verletzung der Pflicht gegenüber dem Aufsichtsbedürftigen, diesen durch gehörige Beaufsichtigung vor einer Gefährdung seiner sittlich-rechtlichen Entwicklung zu bewahren, so ist es, da die Aufsichtspflicht eng mit der Erziehungspflicht zusammenhängt ²⁾, in der Tat ungerechtfertigt, § 143 als einen selbständigen Tatbestand neben § 170 d zu belassen. In diesem Fall empfiehlt es sich vielmehr, der Anregung Naglers ³⁾ zu folgen und § 143 in dem zu einem allgemeinen Fürsorgepflichtverletzungsdelikt auszugestaltenden § 170 d aufgehen zu lassen. § 170 d würde dann denjenigen mit Strafe bedrohen, der die Pflicht gegenüber einem Kind vernachlässigt, durch gehörige Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung für das persönliche

-
- 1) Eine rein milieu- oder rein anlagebedingte Kriminalität gibt es wohl kaum, sondern Umwelt und Anlagen stehen in engen Wechselbeziehungen zueinander und lösen in ihrem Zusammenwirken die Kriminalität eines Menschen aus. Dieses Zusammenwirken wird allgemein als "Konvergenz" bezeichnet (vgl. Stern, S. 32). Bei der durch ein Zusammenwirken von Anlagen und Umwelt verursachten Kriminalität können sich Umwelteinflüsse und Anlagemängel die Waage halten oder einer dieser beiden Faktoren als ausschlaggebend überwiegen.
 - 2) Diesen engen Zusammenhang zwischen Erziehung und Beaufsichtigung erkennt auch das geltende Recht an, indem § 143 II neben den gesetzlich zur Personenfürsorge Verpflichteten diejenigen Personen als Aufsichtspflichtige i.S. des § 143 bezeichnet, denen das Kind oder der Jugendliche zur Erziehung oder Pflege ganz oder überwiegend anvertraut ist. In der - vertraglich oder tatsächlich begründeten - Erziehungs- oder Pflegepflicht ist danach auch die Pflicht zur Beaufsichtigung enthalten, so dass § 143 II nicht eine besondere, "abgeleitete" oder übernommene Aufsichtspflicht zugrundelegt. Vgl. auch Begr. zu § 199 E 1962 (S. 353 a.E.).
 - 3) Vgl. Nagler, S. 9 f., 16, 27 f.

Wohl des Kindes zu sorgen und das Kind dadurch der Gefahr körperlicher oder sittlicher Verwahrlosung aussetzt. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber bisher an § 143 als einem selbständigen Tatbestand festgehalten hat und auch das zukünftige Strafrecht davon ausgehen wird ¹⁾, spricht dafür, dass § 143 im Vergleich zu § 170 d eine selbständige Bedeutung beizumessen ist und § 143 daher nicht in erster Linie das durch die Verletzung einer Personenfürsorgepflicht gefährdete sittliche Wohl des Fürsorgebedürftigen schützt.

Würde nämlich § 143 ebenso wie § 170 d das sittliche Wohl des fürsorgebedürftigen Minderjährigen schützen, so ließe sich darüber hinaus auch kein vernünftiger Grund dafür finden, dass das sittliche Wohl minderjähriger Personen bis zu einem Alter von 18 Jahren geschützt ist, wenn es durch eine Verletzung der Aufsichtspflicht gefährdet wird, während ihm in dem anderen Falle, in dem es durch eine Verletzung der Erziehungspflicht gefährdet wird, nur bis zu einem Alter von 14 Jahren Strafschutz gewährt wird. Das sittliche Wohl minderjähriger Personen kann nicht einmal bis zu 14 Jahren und das andere Mal bis zu 18 Jahren schutzwürdig sein. Da nicht anzunehmen ist, dass das Strafgesetz für das gleiche Schutzgut ohne jeden Grund eine verschiedenartige Altersgrenze festlegt, ist davon auszugehen, dass § 143 ein anderes Rechtsgut schützt als 170 d.

Auch das Interesse der staatlichen Gemeinschaft an einer gesunden sittlich-rechtlichen Entwicklung der ihr angehörenden Kinder und Jugendlichen kann nicht das von § 143 geschützte Rechtsgut sein ²⁾. Denn § 143 kann das staat-

1) Vgl. §§ 198, 199 E 1962.

2) Anders jedoch Späth, nach dem § 143 in erster Linie das staatliche Interesse am Wohl der Jugend schützt (s.S. 79 Fn. 1). Vgl. auch Licht, S. 77, wo er im Widerspruch zu seinen früheren Ausführungen auf S. 28 f. (siehe dazu unten S.84 Fn. 1) die Auffassung vertritt, dass die Aufsichtspflicht, deren Verletzung § 143 (damals § 139 b) mit Strafe bedroht, vorwiegend eine öffentlich-rechtliche Pflicht im Interesse des Jugendschutzes sei. Folgt man dieser Ansicht, so bestraft § 143 primär die Verletzung der gegenüber dem Staat bestehenden Jugendschutzpflicht und schützt daher hauptsächlich das Interesse

liche Interesse am sittlichen Wohl Minderjähriger nicht bis zu deren 18. Lebensjahr schützen, wenn § 170 d das sittliche Wohl des Minderjährigen selbst nur bis zu dessen 14. Lebensjahr strafrechtlich sichert.

Die nach § 143 eintretende Strafbarkeit des Aufsichtspflichtigen beruht daher nicht auf einer Verletzung derjenigen Aufsichtspflicht, die darauf gerichtet ist, das Kind oder den Jugendlichen selbst vor Schaden zu bewahren, und die sowohl gegenüber dem Kind oder Jugendlichen als auch gegenüber dem Staat besteht ¹⁾. § 143 kann daher den Aufsichtspflichtigen nur deshalb mit Strafe bedrohen, weil er die gegenüber dritten Personen oder der Allgemeinheit bestehende Aufsichtspflicht über Kinder und Jugendliche verletzt hat, die darauf abzielt, Dritte oder die Allgemeinheit durch gehörige Beaufsichtigung der Kinder und Jugendlichen vor schädigenden Handlungen derselben zu

.. des Staates am Wohl der Jugend. Vgl. ferner die Ansicht Naglers, nach dem die Strafdrohung des § 143 (damals § 4 JVO) an eine Verletzung der dem Staat gegenüber bestehenden ("öffentlich-rechtlichen") Aufsichtspflicht geknüpft ist (S. 18). § 143 schützt somit das Interesse der Volksgemeinschaft an der Heranbildung eines sittlich-rechtlich gesunden, gesetzestreuem Nachwuchses und dient darüber hinaus der Wahrung der Gemeinschaftsordnung, die durch Ausschreitungen Jugendlicher gestört werden kann (S. 3). Auch nach OGHSt DDR 4/176 (178) schützt § 139 b das staatliche Interesse an der gesunden Entwicklung der Jugend: "Wer einen Jugendlichen bei der Begehung strafbarer Handlungen fördert, verstößt schwer gegen die Interessen der sozialistischen Gesellschaft an einer moralisch gesunden Jugend".

- 1) Anderer Ansicht ist Siebert, DR 44/ S. 875, nach dem § 143 (damals § 139 b) einen jugendrechtlichen Kern hat und den Aufsichtspflichtigen im wesentlichen zur Erfüllung der Pflicht anhalten will, den Jugendlichen durch gehörige Aufsicht davor zu bewahren, dass er eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht. Auch Späth vertritt die Ansicht, dass § 143 (§ 139 b) an erster Stelle die Verletzung der Aufsichtspflicht unter Strafe stellt, die nach innen - auf den jungen Menschen - gerichtet ist und ihn - in seinem eigenen oder im staatlichen Interesse - vor Schaden bewahren soll; vgl. die folgende Fn.

bewahren¹⁾. § 143 weist demnach eine gewisse Ähnlichkeit mit § 832 BGB auf. Danach steht jedem Dritten, dem durch die unerlaubte Handlung eines Minderjährigen ein Schaden zugefügt wurde, ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch gegen den Aufsichtspflichtigen zu, wenn dieser den Minderjährigen schuldhaft nicht gehörig beaufsichtigt hat, und der Minderjährige die unerlaubte Schädigungshandlung in-

-
- 1) Späth lehnt jedoch diese Ansicht ab. Auf der einen Seite habe § 143 nicht wie § 832 BGB den Schutz einzelner Dritter, sondern den Schutz des Aufsichtsbedürftigen zum Inhalt (S. 125). Die von § 143 geschützte öffentliche Ordnung werde also nicht durch die materiellen Folgen der Straftat des Jugendlichen für irgendwelche, dadurch in Mitleidenschaft gezogene Dritte, sondern durch die moralisch-sittlichen Folgen der Entgleisung des Jugendlichen gestört (S. 89). Andererseits diene § 143 aber auch nicht in erster Linie dem Schutz der Allgemeinheit vor den Untaten von Kindern und Jugendlichen. Der Gesichtspunkt der Bewahrung der Allgemeinheit vor dem Jugendlichen könne zwar bei der Schaffung des § 143 mitgespielt haben, der leitende Gedanke sei aber dennoch ganz entschieden das Wohl der Jugend gewesen (S. 109). Aus dem Gebot der Selbsterhaltung ergebe sich für den Staat die Notwendigkeit, sich um die Entwicklung der künftigen Generation zu kümmern (S. 126). Daher stelle der Staat im § 143 die Verletzung der öffentlich-rechtlichen, dem Staat gegenüber bestehenden (S. 125) Pflicht unter Strafe, den Aufsichtsbedürftigen durch gehörige Beaufsichtigung vor einer sittlich-moralischen Fehlentwicklung zu bewahren und damit eine Schädigung seiner staatsbürgerlichen Entwicklung zu verhüten (S. 3). Durch § 143 soll also nach Späth eine der öffentlichen Ordnung durch eine Unterhöhlung des Moralempfindens und der Anschauungen der Jugend gefährliche Entwicklung rechtzeitig unterbunden werden (S. 81; vgl. ferner S. 77, 94). § 143 schützt also das Wohl der Jugend als ein öffentliches Rechtsgut (S. 86) vorwiegend im Interesse des Staates (vgl. S. 86, 109, 123, 125). Neben dem Staat schützt § 143 nach Späth auch das Kind oder den Jugendlichen selbst (vgl. S. 125/126) und die von der Allgemeinheit anerkannte Rechtsordnung, die durch die Straftat des Aufsichtsbedürftigen verletzt wird, wodurch mittelbar auch die durch die Straftat des Aufsichtsbedürftigen angegriffenen Rechtsgüter geschützt werden, deren Träger häufig dritte Personen sind (vgl. oben S. 72 Fn. 1).

folge der nachlässigen Beaufsichtigung vorgenommen hat ¹⁾).

Aus der Tatsache, dass § 143 zu dem Zwecke geschaffen wurde, die Kriminalität des Kindes und Jugendlichen wirksamer und umfassender als zuvor zu bekämpfen ²⁾, folgt, dass § 143 in gewisser Weise auf § 832 BGB aufbaut und die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung des Aufsichtspflichtigen im Anschluss an diese Vorschrift auch zu einer strafrechtlichen Haftung desselben ausgestaltet. Da die Aufsichtspflichtigen oftmals an den kriminellen Entgleisungen ihrer Kinder mitschuldig sind und die Begehung von Straftaten durch mangelhafte Überwachung schuldhaft-fahrlässig fördern, will § 143 die Kriminalität der Kinder und Jugendlichen an dieser Wurzel der nachlässigen Beaufsichtigung treffen und dadurch im Keime ersticken, dass er die Auf-

1) Der Geschädigte braucht allerdings nicht zu beweisen, dass der Aufsichtspflichtige die Aufsicht in schuldhafter Weise nachlässig geführt hat und sein Verschulden hinsichtlich der Aufsichtsführung ursächlich für die unerlaubte Schädigungshandlung des Aufsichtsbedürftigen war. Da § 832 I, 1 BGB dies widerlegbar vermutet, haftet der Aufsichtspflichtige ohne weiteres für den Schaden, den der Aufsichtsbedürftige einem Dritten widerrechtlich zugefügt hat. Nach § 832 I, 2 BGB kann er sich jedoch von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er seiner Aufsichtspflicht genügt, also den Aufsichtsbedürftigen "gehörig" beaufsichtigt hat. Der Aufsichtspflichtige muss nachweisen, dass er bei der Beaufsichtigung dasjenige Maß an Sorgfalt angewendet hat, das ein verständiger Aufsichtspflichtiger unter den gegebenen Umständen (z.B. Alter, körperlicher und geistiger Zustand, sowie charakterliche Eigenschaften des Aufsichtsbedürftigen) hätte anwenden müssen, um eine widerrechtliche Schädigung Dritter durch den Aufsichtsbedürftigen nach besten Kräften zu verhindern (vgl. Esser, S. 884 f.). Gelingt ihm der Nachweis nicht, dass er im konkreten Fall das verkehrserforderliche Maß an Überwachung erbracht habe, so kann er sich von seiner Haftung noch durch den Nachweis befreien, dass sein - vermutetes - Verschulden bei der Aufsichtsführung nicht ursächlich für die unerlaubte Schädigungshandlung des Aufsichtsbedürftigen war und dieser sie auch bei "gehöriger" Beaufsichtigung vorgenommen hätte (§ 832 I, 2, 2. Fall BGB). § 832 I, 2 BGB kehrt also die Beweislast um, so dass die Schadensersatzhaftung des Aufsichtspflichtigen nach § 832 I, 1 BGB auf einer widerlegbaren Verschuldens- und Kausalitätsvermutung beruht.

2) So: Niederreuther, S. 115; vgl. oben S. 45 f.

sichtspflichtigen über die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung hinaus auch krimineller Bestrafung unterwirft ¹⁾. Diese Ähnlichkeit des § 143 mit § 832 BGB ²⁾ findet ihren Ausdruck darin, dass zur Beantwortung der Wertungsfrage, ob im Einzelfall eine "nicht gehörige Beaufsichtigung" im Sinne des § 143 vorliegt oder nicht, auf die Auslegungsgrundsätze zurückgegriffen werden kann, die die Rechtsprechung zu § 832 BGB entwickelt hat ³⁾. Allgemein anerkannt ⁴⁾ ist, dass die zivilrechtliche Schadensersatz-

1) So: Niederreuther, S. 115; vgl. oben S. 45 f.

2) § 143 (damals § 4 JVO) entspricht nach Bockelmann, DR 42, S. 787 durchaus dem § 832 BGB - abgesehen davon, dass § 143 keine "Umkehrung der Beweislast" enthält - und stellt eine dem § 832 BGB vergleichbare Regelung dar.

3) Vgl. Kreutzahler, S. 99, nach dem diese Frage in § 143 ebenso wie in § 832 BGB zu entscheiden ist, da es sich in § 143 um die gleiche Aufsichtspflicht handele, deren Verletzung in § 832 BGB zur Schadensersatzhaftung führe. Nach Niederreuther, S. 116, gelten hier die gleichen Gesichtspunkte, wie sie die Rspr. zu § 832 BGB - insbes. RGZ 50/60 (64 f.) - zu der Frage herausgearbeitet hat, ob der Aufsichtspflichtige seiner Aufsichtspflicht genügt hat. Licht, S. 41 betrachtet die Grundsätze, die die Rspr. zu § 832 BGB entwickelt hat, als Ausgangspunkte und Richtlinien. Auch nach Späth, S. 36, 82 bildet § 832 BGB hinsichtlich des Begriffs der gehörigen Aufsicht das Vorbild und die Grundlage für § 143.

4) Vgl. Schröder in Soergel-Siebert § 832 BGB Rdnr. 1, 12, nach dem die Aufsichtspflicht im Sinne des § 832 BGB den Eltern im Interesse dritter Personen obliegt. Auch nach Krefz in RGRK-BGB § 832 BGB Anm. 4, 10, 11 dient § 832 BGB lediglich dem Schutze Dritter gegen Schäden, die ihnen von Aufsichtsbefohlenen durch rechtswidrige Handlungen infolge der Vernachlässigung der Aufsicht über sie zugefügt werden können, nicht dem Schutz des Aufsichtsbefohlenen selbst. Nach Palandt-Gramm § 832 BGB Anm. 4 ist die Aufsichtspflicht i.S. des § 832 BGB derjenige Teil der Sorgepflicht, der vornehmlich dem Interesse Dritter gegen Schädigung durch den Aufsichtsbedürftigen dient. Auch Späth, S. 123 ist der Ansicht, dass § 832 BGB dem Schutz einzelner Dritter dient. Während die familienrechtliche Aufsichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsbedürftigen das Interesse des Aufsichtsbedürftigen in körperlicher und geistiger Hinsicht verfolgen, habe die Aufsichtspflicht, an deren Vernachlässigung § 832 BGB die Schadensersatzhaftung knüpfe, den Schutz Dritter zum Inhalt (so: Späth, S. 34). Vgl. auch Enn.-Lehmann, S. 984: "Die Aufsichtspflicht soll neben dem eigenen Interesse des Aufsichtsbedürftigen gerade auch dem durch diesen gefährdeten Dritten dienen, sie darf also nicht mit der Erziehungspflicht gleichgesetzt werden".

haftung des Aufsichtspflichtigen an die Verletzung der gegenüber jedem Dritten bestehenden Aufsichtspflicht knüpft und § 832^{BGB} dem Schutz des Dritten dient, der durch die unerlaubte Handlung des Aufsichtsbedürftigen einen Schaden erlitten hat. § 143 unterscheidet sich jedoch dadurch von § 832 BGB, dass er nicht wie dieser einzelne Dritte, sondern die Allgemeinheit vor unrechtmässigen Handlungen des Aufsichtsbedürftigen schützen will ¹⁾. Das ergibt sich schon daraus, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen nach § 143 auch dann eintritt, wenn das Kind oder der Jugendliche kein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut einer dritten Person, sondern ein solches der Allgemeinheit angreift. Während im bürgerlichen Recht der Aufsichtspflichtige nach § 832 BGB für den Schaden haftet, der einem Dritten durch die unerlaubte Handlung des Aufsichtsbedürftigen zugefügt wird, ist es im Strafrecht der gesamte Rechtsgüterbestand, - also sowohl Rechtsgüter des Einzelnen als auch Rechtsgüter der Gesamtheit, - der vor einer Verletzung oder Gefährdung durch Unrechtshandlungen des Kindes oder Jugendlichen geschützt werden soll.

§ 143 ist geschaffen worden, um die Kriminalität der Kinder und Jugendlichen zu bekämpfen. Er will verhindern, dass die von der Rechtsgemeinschaft im Interesse eines geordneten menschlichen Zusammenlebens aufgestellte und mit Strafschutz ausgestattete Wert- und Lebensordnung von solchen Personen verletzt oder gefährdet wird, die infolge ihres jugendlichen Alters noch nicht sicher in den verbindlichen sozial-ethischen Grundwerten unserer Rechtsordnung

1) Vgl. auch Späth, S. 4, nach dem die Aufsichtspflicht gegenüber verschiedenen Rechtssubjekten besteht. Im bürgerlichen Schuldrecht bestehe sie gegenüber dem verletzten Vertragspartner oder einem ausserhalb eines Vertragsverhältnisses stehenden Dritten, der durch eine unerlaubte Handlung seitens des zu Beaufsichtigenden einen Schaden erleide. Im öffentlichen Recht dagegen bestehe sie vornehmlich gegenüber dem Staat oder der Allgemeinheit, deren Belange vor einer Gefährdung oder Verletzung bewahrt werden sollen.

stehen, und die aus diesem Grunde für ihr Unrecht tun nicht oder nur beschränkt - nach den Grundsätzen des Jugendstrafrechts - zur Verantwortung gezogen werden können. Durch die Bestrafung der Aufsichtspflichtigen will § 143 vor allem verhindern, dass strafunmündige Kinder (§ 1 III JGG) oder Jugendliche ohne die erforderliche Einsichts- und Willensbildungsfähigkeit (§ 3 JGG), die sich selbst nicht strafbar machen können, einen von der Rechtsgemeinschaft unter Strafschutz gestellten Individual- oder Gemeinschaftswert angreifen ¹⁾. Durch § 143 soll aber auch vermieden werden, dass schuldfähige Jugendliche, die die Rechtsgemeinschaft wegen ihres jugendlichen Alters nur in beschränktem Maße für ihre Taten zur Verantwortung ziehen kann, Straftaten begehen. Will der Gesetzgeber so weit wie möglich verhindern, dass aufsichtsbedürftige Kinder und Jugendliche, deren Persönlichkeitsentwicklung noch nicht abgeschlossen ist, und die somit leichter als erwachsene Personen dem Anreiz zur Verbrechensbegehung erliegen ²⁾, Straftaten begehen, so darf er sich nicht damit zufrieden geben, eine vorsätzliche Mitwirkung dritter Personen auszuschalten und zu diesem Zwecke diejenigen Personen mit Strafe zu bedrohen, die vorsätzlich i.S. der §§ 48, 49 an der Straftat des aufsichtsbedürftigen Kindes oder Jugendlichen mitwirken. Um aufsichtsbedürftige Kinder und Jugendliche so weit wie möglich von der Begehung von Straftaten abzuhalten, muss der Gesetzgeber vielmehr auch diejenigen aufsichtspflichtigen Personen bestrafen, die es durch schuldhaftes Vernachlässigen ihrer Aufsichtspflicht ermöglichen, dass ein Kind oder ein Jugendlicher eine Straftat begeht ³⁾.

1) Vgl. Niederreuther, S. 116 (letzter Absatz).

2) Vgl. hierzu Liepmann, S. 6 f.

3) So neuerdings auch Stree in JUS 1963, S. 432 f.

Indem § 143 die Aufsichtspersonen in verstärktem Maße für die Straftaten von Kindern und Jugendlichen zur Verantwortung zieht, will diese Vorschrift die Kriminalität der Kinder und Jugendlichen verhindern und dient damit der Wahrung und Aufrechterhaltung der Gemeinschaftsordnung.

§ 143 schützt also die von der Rechtsgemeinschaft anerkannte Rechts- und Gemeinschaftsordnung als solche, die vor einer Verletzung durch aufsichtsbedürftige Kinder oder Jugendliche bewahrt werden soll ¹⁾. Folglich stellt § 143

-
- 1) Vgl. Isermeyer, der S. 49 folgendes zum Rechtsgut des § 143 ausführt. Während § 170 d, eingereiht in den Abschnitt der Delikte gegen die Familie, die Fürsorge und Erziehung für den jungen Menschen sicherstellen und dessen gesunde Entwicklung fördern solle, gehe nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Schutzzweck des § 143 in andere Richtung: der "Rechtsfrieden", d.h. die ungestörte Ordnung des Lebens werde gefährdet, wenn Jugendliche unbeaufsichtigt kriminell werden. Hauptzweck des § 143 sei daher nach dem Willen des Gesetzgebers der Schutz der Allgemeinheit und der Schutz der durch die Straftat des Jugendlichen angegriffenen Rechtsgüter - daneben werde natürlich auch das Interesse an der Erfüllung der Aufsichtspflicht um des Jugendlichen selbst willen geschützt; vgl. auch S. 65. Ebenso Maurach BT (4), S. 400 "Rechtsgut (des § 143) ist der gegen den Täter bestehende Aufsichts- oder Erziehungsanspruch, der aber im Gegensatz zu § 170 d nicht vom Standpunkt des Fürsorgeobjekts, sondern von dem der Gesamtheit gesehen wird, die durch eine Verletzung der Aufsichtspflicht beim Hinzutritt der evidenten Folgen selbst unmittelbar getroffen wird". Dem widerspricht jedoch, wenn Isermeyer, S. 11 und Maurach BT (4), S. 384 ff., 400 § 143 ebenso wie § 170 d als eine strafbare Verletzung einer Familienpflicht ansehen und § 143 als ein Familiendelikt systematisch in den gleichen Abschnitt wie § 170 d einordnen wollen. Vgl. auch Licht, nach dem die Verurteilung des § 143 im Jugendrecht eine unabweisbare Verwandtschaft zu den §§ 170 b und d begründet, so dass auch § 143 das Interesse an der Erfüllung der Aufsichtspflicht und des Aufsichtsbefohlenen selbst willen schützt (vgl. S. 23-25, 28, 29). Licht führt jedoch weiter aus, dass der Gesetzgeber § 143 in den Abschnitt der "Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung" eingeordnet und bewusst dort belassen habe (vgl. S. 25-27), so dass der Schutzzweck des § 143 nach der darin zum Ausdruck kommenden Vorstellung des Gesetzgebers über den Schutz des Aufsichtsbefohlenen selbst hinausgehe (vgl. S. 28). § 143 schütze auch die Rechtspflege und die öffentliche Ordnung, da das Nichtbewahren des jungen Menschen vor der Begehung von Unrecht eine Beeinträchtigung der Rechtspflege darstelle

die Verletzung der gegenüber der Allgemeinheit bestehenden Pflicht unter Strafe, durch gehörige Beaufsichtigung der Kinder und Jugendlichen zu verhindern, dass diese die von der Rechtsgemeinschaft mit Strafschutz versehene Wert- und Lebensordnung verletzen oder gefährden ¹⁾. Damit

.. und damit die öffentliche Ordnung gefährde. Ausserdem solle durch § 143 ein verstärkter Schutz Dritter bzw. der zahlreichen verschiedenen Rechtsgüter erreicht werden, gegen die sich die Straftat des Aufsichtsbefohlenen richte (vgl. S. 29). Hinsichtlich der über den Schutz des Aufsichtsbefohlenen hinausgehenden Schutzzwecke des § 143 vergleicht Licht dieses Delikt mit dem der unterlassenen Verbrechensanzeige (vgl. S. 27 f.). Auf S. 29 stellt er weiter fest, die systematische Einordnung des § 143 lasse erkennen, dass sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 143 von dem Gedanken des Schutzes der Rechtspflege und der durch die Straftat des Aufsichtsbefohlenen angegriffenen Schutzobjekte habe leiten lassen, so dass es den Anschein habe, als sei dies der Hauptzweck des § 143. Dagegen wendet er jedoch ein, dass dieses gesetzgeberische Motiv keinen Eingang in den Tatbestand des § 143 gefunden habe, der keine Verbrechensverhinderungspflicht einschliesse, so dass daher die Verletzung der Aufsichtspflicht ihrem tatbestandsmässigen Unrechtsgehalt nach in einem räumlich näheren Zusammenhang zur Vernachlässigung der Pflege- und Erziehungspflicht i.S. des § 170 d gehöre (vgl. S. 39 f.). Wenn jedoch Licht, S. 30, abschliessend bemerkt, dass § 143 unter den "Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung" den für ihn am besten geeigneten Platz gefunden habe, so ist anzunehmen, dass auch nach seiner Ansicht § 143 primär dem Schutz der öffentlichen Ordnung dient. Vgl. auch S. 3, wonach die Begähung von Straftaten durch Kinder und Jugendliche eine Störung der Gemeinschaftsordnung bedeutet. Zu ungenau ist die Ansicht Paulis in NJW 60 S. 2229 f., nach der § 143 im öffentlichen Interesse die ordnungsgemässe Ausübung der Erziehungspflichten gewährleisten soll.

- 1) So auch die Begr. zu § 199 E 1962 (S. 353): "Es ist Aufgabe der aufsichtspflichtigen Personen, die Allgemeinheit vor kriminellen Taten ihrer Schutzbefohlenen zu bewahren. Daneben entspricht es auch einer richtig verstandenen Fürsorge für die Jugend, die Aufsichtspflichtigen anzuhalten, durch gehörige Erfüllung ihrer Aufsichtspflicht strafbaren Handlungen ihrer Schutzbefohlenen entgegenzuwirken". (Hervorhebungen vom Verfasser).

schützt § 143 mittelbar auch die einzelnen Rechtsgüter - z.B. Leben oder Eigentum dritter Personen -, die durch die Straftat des Aufsichtsbedürftigen verletzt oder gefährdet werden ¹⁾.

Während § 170 d das strafrechtliche Gegenstück zu § 1666 BGB darstellt ²⁾, ist § 143 (bzw. § 361 Z. 9) eine strafrechtliche Ergänzung zu § 832 BGB ³⁾. § 170 d und § 1666 BGB beziehen sich auf die gegenüber dem Kind oder Jugendlichen bestehende Fürsorgepflicht und dienen dem Schutz des fürsorgebedürftigen Minderjährigen. Wenn jemand seine Personenfürsorgepflichten gegenüber einem minderjährigen Fürsorgebedürftigen vernachlässigt und dadurch dessen Wohl gefährdet, so hat das zweierlei Folgen. Einmal kann ihm das Vormundschaftsgericht nach § 1666 - oder § 1886 - BGB das Personenfürsorgerecht entziehen; zum anderen kann gegen ihn unter den Voraussetzungen des § 170 d eine staatliche Strafe verhängt werden. Demgegenüber knüpfen sowohl § 832 BGB als auch § 143 an die Verletzung der Aufsichtspflicht als einer drittgerichteten Schadenshinderungspflicht an. Nach § 832 BGB führt die Vernachlässigung der Pflicht, durch gehörige Beaufsichtigung unerlaubte Eingriffe Minderjähriger in Rechtsgüter dritter Personen zu verhindern, zu einer zivilrechtlichen Schadensersatzhaftung des Aufsichtspflichtigen, so dass diese Bestimmung dritte Personen vor unerlaubten Handlungen Minderjähriger schützen will. In ähnlicher Weise will § 143 die Allgemeinheit davor schützen, dass Kinder oder Jugendliche unrechtmässig die von der Rechtsgemeinschaft anerkannten Individual- oder Gemeinschaftsgüter angreifen. Nach § 143 tritt somit eine strafrechtliche Haftung der Aufsichtspflichtigen ein, wenn sie die Pflicht gegenüber der Allgemeinheit vernachlässigen,

1) So: Licht, S. 28; vgl. auch Isermeyer, S. 49.

2) Vgl. Luther in NJW 54/495, 493; Kreutzahler, S. 94.

3) Vgl. oben S. 80 f. und S. 81 Fn. 1 - 3.

durch gehörige Aufsichtsführung über Kinder und Jugendliche nach Kräften zu verhindern, dass diese rechtswidrige Angriffe gegen die von der Rechtsgemeinschaft mit Strafrechtsschutz ausgestatteten Rechts- und Lebensgüter unternehmen. Die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung des Aufsichtspflichtigen (§ 832 BGB) wird also durch eine strafrechtliche Haftung des Aufsichtspflichtigen (§ 143) ergänzt ¹⁾.

-
- 1) Während § 170 d dem Schutz des Kindes dient, will § 143 - in erster Linie - die Allgemeinheit vor Straftaten aufsichtsbedürftiger Kinder und Jugendlicher bewahren und damit Angriffe auf die strafrechtlich geschützte Gemeinschaftsordnung verhindern. Der Gesetzgeber hat daher § 143 zu Recht als ein "Vergehen wider die öffentliche Ordnung" in das StGB eingestellt. Demgegenüber erscheint jedoch die systematische Einordnung des § 170 d unter die "Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie" verfehlt. Mit Ausnahme der §§ 170 B bis d schützen die in dieser Gruppe zusammengefassten Delikte Ehe, Familie und Verwandtschaft als vorstaatliche Grundzellen staatlicher Ordnung (vgl. Maurach BT (4), S. 385 f.). Diese Delikte schützen daher überstaatliche Gemeinschaftswerte und gehören zu den Straftaten gegen die Gesamtheit (so: die Systematik Maurachs in BT (4), II. Teil, 1. Abschnitt, §§ 43-58). § 170 d wurde in diese Deliktsgruppe eingeordnet, weil er die Verletzung der Fürsorge (Pflege-) und Erziehungspflicht, also die Verletzung besonderer familienrechtlicher Pflichten, unter Strafe stellt. Zwar ist zuzugeben, dass § 170 d mit der Bestrafung der Verletzung besonderer Familienpflichten indirekt auch die Familie als eine elementare Ordnungsgrundlage des Staates schützt. § 170 d ist jedoch einzig und allein zum Schutze des Kindes geschaffen worden und gehört daher in der Systematik der besonderen Tatbestände des geltenden Rechts, die auf der herkömmlichen Zweiteilung in Straftaten gegen den Einzelnen und Straftaten gegen die Allgemeinheit beruht, in die Gruppe der Straftaten gegen den Einzelnen (so: Kreutzhaller, S. 45). § 170 d schützt die gesunde körperliche und sittlich-seelische Persönlichkeitsentwicklung des Kindes. Im Rahmen der Straftaten gegen den Einzelnen sollte daher anschließend an den Abschnitt "Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit" ein neuer Abschnitt "Angriffe gegen die Persönlichkeitsrechte" eingefügt und § 170 d in diesen Abschnitt aufgenommen werden (so: Kreutzhaller, a.a.O.).

Die Strafvorschriften über die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht (§§ 143, 361 Z. 9) dienen aber nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern wollen in zweiter Linie auch das Kind oder den Jugendlichen selbst schützen¹⁾. Durch § 143 (bzw. 361 Z. 9) soll also auch die sittlich-rechtliche Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen geschützt werden, die in ihrem eigenen Interesse vor krimineller Verwahrlosung oder auch einmaligem Erliegen einer verbrecherischen Versuchung bewahrt und auf dem Weg geordneter sittlich-rechtlicher Lebensführung gehalten werden sollen. Schützt § 143 auch die gesunde sittlich-rechtliche Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen, so ist damit mittelbar wiederum die Allgemeinheit geschützt, der im Interesse der Selbsterhaltung an der Heranbildung von rechts- und gesetzesgetreuen Staatsbürgern gelegen ist.

-
- .. Wegen des engen Zusammenhangs zwischen der Pflege- und Erziehungspflicht einerseits und der Aufsichtspflicht andererseits sollte auch die Aufsichtspflichtverletzung in den Tatbestand des § 170 d einbezogen werden. Als "Verletzung der Pflege-, Erziehungs- und Aufsichtspflicht" würde § 170 d damit zu einem umfassenden Tatbestand der Fürsorgepflichtverletzung ausgestaltet, dessen Schaffung Nagler empfohlen hatte. Dadurch würde zugleich klargestellt, dass § 170 d an die gegenüber dem Kind bestehende Pflege-, Erziehungs- und Aufsichtspflicht anknüpft, während § 143 die davon zu unterscheidende, gegenüber der Allgemeinheit bestehende Aufsichtspflicht über Kinder und Jugendliche zum Gegenstand hat.
- 1) Vgl. oben S. 85 Fn. 1 (Begr. zu § 199 E 1962) und Isermeyer, S. 49: "Hauptzweck des § 143 soll ... der Schutz der Allgemeinheit ... sein - daneben wird natürlich auch das Interesse an der Erfüllung der Aufsichtspflicht um des Jugendlichen selbst willen geschützt". Bei § 143 steht also der Schutz der Allgemeinheit im Vordergrund, während der dem Kind oder Jugendlichen gegen den Aufsichtspflichtigen zustehende Anspruch auf gehörige Pflege, Erziehung oder Beaufsichtigung nur sekundär geschützt wird. § 143 kann insofern mit § 172 verglichen werden. Diese Vorschrift schützt in erster Linie das öffentliche Interesse an der Institution der monogamen Ehe (dominantes Rechtsgut des § 172), während sie den Anspruch des betrogenen Ehegatten gegen seinen Ehepartner auf eheliche Treue auch nur in zweiter Linie schützt; vgl. Maurach BT (4), S. 391).

Wie vorstehend dargestellt, will jedoch § 143 primär die Allgemeinheit vor Straftaten von Kindern und Jugendlichen bewahren und damit die Rechtsgemeinschaft schützen, die ein Interesse daran hat, dass die aufsichtspflichtigen Personen einer Verletzung der strafrechtlich geschützten Lebensgüter durch Kinder oder Jugendliche nach Kräften entgegenwirken. § 143 dient also vorrangig der Wahrung der Gemeinschaftsordnung und will verhindern, dass sich Kinder oder Jugendliche gegen die Rechtsgüter vergehen, deren Nichtbeeinträchtigung von der Rechtsgemeinschaft als unerlässlich für ein gedeihliches menschliches Zusammenleben angesehen wird, und die daher mit strafrechtlichem Schutz ausgestattet sind.

B. Der positive Begriffsinhalt der objektiven Strafbarkeitsbedingungen.

1. Die Frage, ob die infolge unzureichender Beaufsichtigung begangene "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen den Unrechtsgehalt der Aufsichtspflichtverletzung im Sinne des § 143 I, 1 mitbestimmt oder nicht und daher Tatbestandsmerkmal oder objektive Strafbarkeitsbedingung ist, lässt sich aus dem Rechtsgut des § 143 nicht eindeutig beantworten. Denn das dominante und für die Auslegung ausschlaggebende Rechtsgut des § 143, - das Interesse der Allgemeinheit am Schutz der strafrechtlich geschützten Gemeinschaftsordnung vor Verletzung durch Kinder und Jugendliche -, lässt beide Auslegungen zu.

Da die Begehung von Straftaten durch Kinder und Jugendliche meist auf mangelhafte Beaufsichtigung zurückzuführen ist oder doch zumindest häufig durch sie gefördert wird, könnte man sich im Interesse eines möglichst umfassenden Schutzes der strafrechtlich geschützten Gemeinschaftsordnung auf den Standpunkt stellen, dass das tatbestandsmässige Unrecht des § 143 lediglich in der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht besteht. Da § 143 die Kinder- und Jugendkriminalität bekämpfen will und die Auf-

sichtspflichtverletzung die Gefahr hervorruft, dass jugendliche Personen infolgedessen Straftaten begehen, könnte man durchaus die Ansicht vertreten, dass § 143 die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht als eine das geschützte Rechtsgut des § 143 gefährdende Handlung des Aufsichtspflichtigen unter Strafe stellen will. Die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen wäre dann eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, die die Strafbarkeit der Aufsichtspflichtverletzung einschränkt, so dass der Aufsichtspflichtige straflos bleibt, wenn trotz der Gefährdung nichts passiert ist.

Mit dem Sinn und Zweck des § 143 lässt sich jedoch auch eine andere Auslegung dieser Vorschrift vereinbaren. Hat nämlich § 143 in erster Linie den Sinn, die Allgemeinheit vor Straftaten von Kindern und Jugendlichen zu schützen, so könnte man das tatbestandsmäßige Unrecht dieses Delikts auch darin erblicken, dass eine aufsichtspflichtige Person ein Kind oder einen Jugendlichen nicht gehörig beaufsichtigt und dadurch dazu beiträgt, dass der Aufsichtsbefohlene eine Verbrechens- oder Vergehenshandlung begeht und damit die strafrechtlich geschützte Gemeinschaftsordnung in besonders schwerer Weise verletzt.

Will man also die Richtigkeit der herrschenden Meinung ¹⁾

1) Vgl. für § 4 JVO: Gleispach, S. 87 ff.; Rietzsch, S. 510 ff.; Nagler, S. 24; Bockelmann, DR 42, S. 787; Niederreuther, S. 116; für § 139 b: Späth, S. 107 (ferner S. 110, wonach die von § 139 b geforderte Möglichkeit des Aufsichtspflichtigen, die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen durch gehörige Aufsicht zu verhindern, "kein Schuldement der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht, sondern ein zweiter Bestandteil der objektiven Strafbarkeitsbedingung ist"); Licht, S. 19 ff.; Maurach GR, S. 130 (in BT (1), S. 330 f. aufgegeben; wieder anders in BT (4), S. 400 f. und AT, S. 216); Niethammer, S. 58; für § 143: Kreutzahler, S. 101 f.; Isermeyer, S. 49; Werner in LK I (8) § 143 Anm. III; Schönke-Schröder § 143 Anm. III; Schwarz-Dreher, § 143 Anm. 4; Dreher in Dreher-Maassen § 143 Anm. 2; Schäfer in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 143 Anm. 3; Sauer BT, S. 551, nach dem die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen "eine äussere Strafbarkeitsvoraussetzung mit kausaler Beziehung" ist; Sauer AT, S. 73 (Tabelle), 74; Baumann, S. 433; Kaufmann, S. 247; Lange in Kohlrausch-Lange (43) § 143 Anm. III (Lange legt jedoch den Tatbestand des § 143 einschränkend aus).

überprüfen, nach der die infolge unzureichender Beaufsichtigung begangene "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist, so bedarf es zuvor einer näheren Bestimmung des Begriffs der objektiven Strafbarkeitsbedingungen. Denn die übliche Kennzeichnung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen als Merkmale der Strafbarkeit, die nicht zum Unrecht der Tat gehören und nicht von der Schuld des Täters umfasst zu sein brauchen, reicht nicht aus, um die als Folge der Aufsichtspflichtverletzung begangene "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen in diese dogmatische Kategorie einordnen zu können. Diese rein negative Begriffsbestimmung lässt nicht erkennen, welche positiven Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit ein bestimmter Umstand als unter den Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen fallend angesehen werden kann. Auch ihre Bezeichnung als materiellrechtliche Strafbarkeitseinschränkungsgründe besagt nichts über den positiven Begriffsinhalt dieser Merkmale.

Ohne Bestimmung des positiven Begriffsinhalts der objektiven Strafbarkeitsbedingungen könnten diese Merkmale aber auch nicht von den Strafverfolgungsvoraussetzungen unterschieden werden. Denn auch die Prozessvoraussetzungen stellen unrechtsfremde und daher mit dem Schuldhaftungsprinzip verträgliche Voraussetzungen für die Bestrafung des Täters dar. Ebenso wie die objektiven Strafbarkeitsbedingungen haben auch die Prozessvoraussetzungen nichts mit der zur materiellrechtlichen Strafbarkeit unabdingbar notwendigen, aus den Elementen der Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld zusammengesetzten Straftat zu tun. Die Einordnung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen in den Bereich der materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit ist also nur berechtigt, wenn sich aus ihrem begrifflichen Inhalt erkennen lässt, warum sie nicht nur die prozessuale Verfolgbarkeit einer Tat bedingen, sondern die materiellrechtliche Strafbarkeit der Tat einschränken und zusätzlich gegeben sein müssen, damit ein staatlicher Strafanspruch gegen den Täter entsteht. Sie

müssen daher einen positiv bestimmbaren, sachlichen Inhalt haben, der ihre Stellung als materiellrechtliche Voraussetzung der Strafbarkeit rechtfertigt und sie damit von den Prozessvoraussetzungen unterscheidet ¹⁾.

Haben die objektiven Strafbarkeitsbedingungen keinen sachlichen Inhalt, der ihre strafbarkeitseinschränkende Funktion rechtfertigt, so fehlt es dem Gesetzgeber ausserdem an einem Maßstab dafür, wann er die Strafbarkeit einer bestimmten Straftat durch Einfügung einer objektiven Strafbarkeitsbedingung einschränken soll und wann nicht. Dadurch könnte das Schuldprinzip verletzt werden. Denn es stände völlig im Belieben des Gesetzgebers, ob er eine Strafbarkeitsbedingung schafft oder nicht, und ob somit eine strafwürdige, tatbestandlich beschriebene und schuldhaftige Handlung auch strafbar ist oder nicht ²⁾. Dieser Gefahr lässt sich nur begegnen, wenn die objektiven Strafbarkeitsbedingungen einen positiv bestimmten Inhalt haben. Dann nämlich kann der Gesetzgeber nicht willkürlich objektive Strafbarkeitsbedingungen schaffen, sondern ist hierbei an innere Grenzen gebunden, die sich aus dem sachlichen Inhalt der objektiven Strafbarkeitsbedingungen ergeben ³⁾.

1) Baumgarten, S. 268 und M.E.Mayer S. 100 sind der Auffassung, dass sich der Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht positiv bestimmen lässt. Danach können die objektiven Strafbarkeitsbedingungen nur negativ als solche Umstände bezeichnet werden, die ausserhalb des Tatbestandes, der Rechtswidrigkeit und der Schuld liegen, und die auch nicht zu den Prozessvoraussetzungen gehören. Damit können die objektiven Strafbarkeitsbedingungen nur negativ an ihrer Nichtzugehörigkeit zu diesen anderen strafrechtserheblichen Merkmalen erkannt werden; vgl. auch Bemann, S. 11 und Ingo Müller, S. 13.

2) Vgl. Schmidhäuser, S. 561; vgl. auch S. 563 "Die ... Grenzen der Freiheit des Gesetzgebers in der Verwendung objektiver Bedingungen ergeben sich aus der Anerkennung des Schuldprinzips".

3) So Schmidhäuser, S. 561.

2. In der Rechtslehre ist auf verschiedene Weise versucht worden, den positiven Begriffsinhalt der objektiven Strafbarkeitsbedingungen zu bestimmen.

Nach Stratenwerth bilden die objektiven Strafbarkeitsbedingungen Voraussetzungen, unter denen das verbots- oder gebotswidrige, vorwerfbare Verhalten die rechtlich geschützte Ordnung in erhöhtem Maß beeinträchtigt und sich somit als eine besondere Störung der rechtlich geschützten Ordnung auswirkt ¹⁾. Die sachliche Bedeutung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen bestehe also darin, dass sie ein bestimmtes erhöhtes Maß an Rechtsordnungswidrigkeit indizierten, das seinerseits das Strafbedürfnis begründe ²⁾. Stratenwerth könnte so verstanden werden, als ob er neben dem Unrecht der Tat, der Rechtswidrigkeit, noch eine besondere "Rechtsordnungswidrigkeit" der Tat konstruieren wolle. Dass eine solche Unterscheidung nicht möglich ist ³⁾, muss jedoch aus Stratenwerths Ausführungen selbst entnommen werden. Aus der Aussage, die objektiven Strafbarkeitsbedingungen bezeichneten Voraussetzungen, unter denen das missbilligte Verhalten die strafrechtlich geschützte Ordnung in erhöhtem Maße beeinträchtigt, geht hervor, dass die objektiven Strafbarkeitsbedingungen eine besondere Schwere des durch die Straftat begangenen Unrechts anzeigen. Stratenwerth gesteht dies selbst ein, wenn er darauf hinweist ⁴⁾, dass die Bemerkung

1) So Stratenwerth, S. 570; vgl. auch S. 573: "Die ... Beispiele haben ... gezeigt, dass die objektiven Strafbarkeitsbedingungen ... eine ernstere Störung der rechtlich geschützten Ordnung oder - wenn wir so sagen dürfen - ein erhöhtes Maß an R e c h t s o r d n u n g s - w i d r i g k e i t bezeichnen".

2) Stratenwerth, S. 574.

3) Dagegen auch: Kaufmann, S. 250.

4) Vgl. Stratenwerth, S. 570 Fn. 16.

Sauers, die äusseren Strafbarkeitsbedingungen seien geradezu eine Vertypung der besonderen Sozialschädlichkeit der Tat, auf die von ihm vertretene Ansicht abziele, nach der die objektiven Strafbarkeitsbedingungen Voraussetzungen bezeichnen, unter denen das missbilligte Verhalten die rechtlich geschützte Ordnung in erhöhtem Maße beeinträchtigt.

Damit kommt Stratenwerth zu dem gleichen Ergebnis wie Lange und Rittler. Lange ¹⁾ sieht die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit "im wesentlichen als Indizien für die Gefährlichkeit oder Strafbedürftigkeit der tatbestandsmässigen Handlung" an. Rittler führt in diesem Sinne aus, dass es dem Strafgesetzgeber manchmal nicht gelinge, die für das Unrecht der Tat und sein Gewicht entscheidenden Momente zu vertatbestandlichen. Er greife dann auf äussere Umstände zurück, die an sich für das Unrecht der Tat ohne Bedeutung seien, aus denen aber ein Unrecht bestimmter Schwere gewöhnlich zu erschliessen sei ²⁾. Diese mache er dann zu objektiven Strafbarkeitsbedingungen, die folglich Indizien einer besonderen Gefährlichkeit und Strafwürdigkeit der rechtswidrig-schuldhaften Handlung, oder mit anderen Worten: Symptome einer bestimmten Schwere der Tat, seien ³⁾. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Tatsache, dass die tatbestandlich vertyppte, unrechte und schuldhafte Handlung über die in der Tatbestandsbeschreibung enthaltene Rechtsgutsbeeinträchtigung hinaus noch zu einer weiteren Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts führt oder wenigstens die Gefahr einer intensiveren Beeinträchtigung des zu schützenden Rechtsguts in sich schliesst, ist ein das Unrecht der Tat mitbestimmendes Moment. Die tatbestandsmässige Unrechtshandlung verdient

1) Vgl. Kohlrausch-Lange (43) Vorbem. VI vor § 1, S. 25.

2) So: Rittler, JZ 58/189; vgl. auch Rittler, Lb. S. 70.

3) Vgl. Rittler, Frank II, S. 15.

also die im gesetzlichen Straftatbestand angedrohte Strafe nur, weil sie eine "erhöhte Rechtsordnungswidrigkeit" herbeigeführt hat bzw. weil die Gefahr einer "erhöhten Rechtsordnungswidrigkeit" in ihr beschlossen war. Der Tatbestand umreisst somit nicht den vollen Unrechtsgehalt der Tat und der Täter wird für die "erhöhte Rechtsordnungswidrigkeit" oder die "besondere Gefährlichkeit" seiner Handlung verantwortlich gemacht, ohne dass sich seine Schuld darauf zu erstrecken braucht ¹⁾. Dies widerspricht aber dem Schuldhaftungsprinzip. Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen können daher nicht als Indizien für eine "erhöhte Rechtsordnungswidrigkeit" der Tat angesehen werden. Der Unrechtsgehalt der tatbestandlich beschriebenen Unrechtshandlung rechtfertigte sonst die im gesetzlichen Straftatbestand angedrohte Strafe nicht. Der Täter würde in Wirklichkeit für eine in ihrem Unrechtsgehalt erhöhte Tat bestraft, ohne dass die Merkmale dieser Unrechtssteigerung, - die Merkmale der "erhöhten Rechtsordnungswidrigkeit" -, von seiner Schuld umfasst sein müssten ²⁾. Die Ansicht, die objektiven Strafbarkeitsbedingungen seien Indizien für die Herbeiführung einer "erhöhten Rechtsordnungswidrigkeit" oder Symptome einer bestimmten Schwere der Tat, läuft also im Ergebnis auf die abzulehnende Ansicht Sauers ³⁾ hinaus.

1) Für den Fall der §§ 239 ff. KO vertritt Rittler selbst diesen Standpunkt, vgl. Frank II, S. 22.

2) So auch Kaufmann, S. 250.

3) Vgl. oben S. 51 Fn. 1. Sauer erblickt in den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit "geradezu eine Vertypung der besonderen Schädlichkeit der Tat für das Gemeinwohl". Vgl. insbes.: Sauer, Grundlagen, S. 359, 363; vgl. ferner: Sauer, Mezger-Festschrift, S. 119 f. und AT, S. 64 ("der Tatbestand im weiteren Sinne", - in ihm sind nach Sauer die objektiven Strafbarkeitsbedingungen beheimatet -, "gibt ein vollständiges Bild der Sozialgefährlichkeit der Tat wieder und lässt erkennen, wie weit sie im Sinne des Gesetzes strafwürdig ist") und 71 f. Nach der Ansicht Sauers wird also der Täter für die besondere Sozialschädlichkeit der Tat bestraft, ohne dass sich seine Schuld darauf zu beziehen braucht.

Auch Gallas ¹⁾ kann nicht gefolgt werden. Er sieht die objektiven Strafbarkeitsbedingungen als Umstände an, die zwar nicht den typisierten Unrechts- oder Schuldcharakter der Tat, wohl aber irgendwie die Tatbewertung berühren, d.h. also, die im Zusammenhang mit der Tat stehen. Wenn Gallas dabei hervorhebt ²⁾, dass unter "Tatbewertung" nicht die Unrechtsbewertung zu verstehen sei, da man dann in den Bereich der Tatbestandsmässigkeit geriete, so übersieht er, dass der rechtliche Unwert der Tat allein durch das Rechtswidrigkeitsurteil festgestellt wird. Daher kann es auch keine Umstände geben, die auf die Bewertung der Tat einen Einfluss haben, aber ihren Unrechtscharakter nicht berühren ³⁾.

In anderer Weise stellt auch Schmidhäuser zur positiven Kennzeichnung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen auf den Zusammenhang mit der Tat ab. Nach ihm sind die objektiven Strafbarkeitsbedingungen Umstände, die so mit der unrechten Tat zusammenhängen, dass sie unmittelbar die vom Täter vorgefundene Tatsituation oder das vom Täter selbst gestaltete Tatgeschehen mitbestimmen ⁴⁾. Mit dem vom Täter selbst gestalteten Tatgeschehen seien solche Umstände unmittelbar verknüpft, die als ein Erfolg der Tat betrachtet werden müssten, falls sich die Schuld des Täters auf sie bezöge ⁵⁾. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit der unrechten Tat ist mithin dann gegeben, wenn es sich bei dem betreffenden Umstand entweder um eine zur Tatsituation selbst gehörende Tatsache oder um ein Ergebnis handelt, das als Erfolg der Tat angesehen werden müsste, falls sich die Schuld darauf bezöge ⁶⁾.

1) Vgl. Gallas, Niederschriften (V), S. 104.

2) Vgl. Gallas, a.a.O.

3) So zutreffend: Kaufmann, S. 250 f.

4) Vgl. Schmidhäuser, S. 553.

5) Vgl. Schmidhäuser, S. 558.

6) So: Schmidhäuser, a.a.O.

Die von Schmidhäuser ¹⁾ als objektive Strafbarkeitsbedingung begriffene Rechtmässigkeit der Amtsausübung des Vollstreckungsbeamten in § 113 ist danach eine solche die Tatsituation mitbestimmende Tatsache, die vom Täter nicht selbst herbeigeführt, sondern vorgefunden wird. Sollte die durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht ermöglichte Straftat des Aufsichtsbefohlenen eine objektive Strafbarkeitsbedingung des § 143 sein, so wäre sie ein solcher mit dem vom Täter selbst gestalteten Tatgeschehen - der Aufsichtspflichtverletzung - unmittelbar zusammenhängender Umstand, den man als Erfolg der Tat bezeichnen müsste, falls sich die Schuld des Täters auf ihn bezöge.

Die Auffassung, dass die objektiven Strafbarkeitsbedingungen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der unrechten Tat stehen, und es sich bei ihnen daher um Umstände handelt, die zwar ausserhalb der Straftat liegen, die aber Tatumstände wären, falls sie nicht unrechtsfremd wären und sich die Schuld damit auf sie bezöge, vermag in dieser Allgemeinheit den positiven Begriffsinhalt der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht hinreichend zu bestimmen. Im Grunde genommen besagt dies nichts anderes wie die Auffassung Mezgers ²⁾, wonach die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, da sie ihrem Wesen nach unrechts- und damit schuldfremd sind, zwar nicht zu den schuldumfassten Tatumständen im engeren Sinne gehören, aber dennoch dem Unrechtstatbestand "nahe stehen" und daher als dessen Annexe mit dem Unrechtstatbestand verbunden sind.

1) Vgl. Schmidhäuser, S. 548 f.

2) Vgl. Mezger AT, S. 96, 176; Mezger Lb., S. 177, 179; ebenso Mezger-Blei, S. 91, 102, 174.

Gegen die Formel ¹⁾, mit der Schmidhäuser den unmittelbaren Zusammenhang mit der unrechten Tat näher bestimmt, bestehen jedoch ebenfalls Bedenken.

Da alle Umstände, die unmittelbar die Tatsituation mitbestimmen, auch zur Unrechtstypisierung beitragen, ist zunächst nicht recht einzusehen, wie es überhaupt Umstände geben soll, die zur Tatsituation selbst gehören und dennoch ihrem Wesen nach unrechts- und schuldfremd sind.

Ausserdem hängen zumindest die persönlichen Strafaufhebungsgründe ²⁾ nicht in der Weise unmittelbar mit der unrechten Tat zusammen, in der dies Schmidhäuser für die objektiven Strafbarkeitsbedingungen näher umrissen hat. Dies zeigt folgendes Beispiel: Jemand setzt ein Gebäude in Brand (§ 306). Vor Entdeckung der Tat und vor Entstehung eines weiteren Schadens bemüht er sich ernstlich darum, den Brand wieder zu löschen, was ihm auch gelingt. Dieses nachträgliche Tätigwerden erzeugt gemäss § 310 einen persönlichen Strafaufhebungsgrund ³⁾. Doch stellt dieses nachträg-

1) Schmidhäuser, S. 558: "Der unmittelbare Zusammenhang mit der Tat ist dann gegeben, wenn der betreffende Umstand entweder zur Tatsituation gehört oder als Erfolg der Tat bezeichnet werden müsste, falls die Schuld sich auf ihn bezöge".

2) Schmidhäuser hebt S. 559 f. ausdrücklich hervor, dass alle Strafbarkeitseinschränkungsgründe - die sachlichen wie die persönlichen - gleichermaßen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der unrechten Tat stehen und daher auch allen Strafbarkeitseinschränkungsgründen gemeinsam die gleiche Bedeutung zukommt, die Strafbarkeit einer bestimmten Straftat einzuschränken. Der einzige Unterschied zwischen den objektiven Strafbarkeitsbedingungen und den persönlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründen besteht also darin, dass die Strafbarkeitseinschränkung bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen allgemein wirkt, während sie bei den persönlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründen personengebunden ist.

3) Vgl. Maurach BT (4), S. 502.

liche Handeln des Täters weder einen zur Tatsituation des § 306 gehörenden Umstand noch ein Ereignis dar, das im Falle seiner Schuldumfasstheit als ein Erfolg der Brandstiftung angesehen werden müsste. Durch den persönlichen Strafaufhebungsgrund des § 310 wird der Täter lediglich für seine Umkehr, für seine nachträgliche freie Entscheidung gegen die von ihm begangene Tat, mit dem Privileg der Straffreiheit belohnt. Denn in einem solchen Fall ist es nicht sinnvoll, den Täter dennoch für das strafwürdige Unrecht, das er nun einmal begangen hat und das auch nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann, zu bestrafen¹⁾. Schmidhäuser ist hier genötigt, von der für die objektiven Strafbarkeitsbedingungen aufgestellten Formel abzugehen. Bei den persönlichen Strafaufhebungsgründen nimmt er deshalb einen unmittelbaren Zusammenhang mit der unrechten Tat an, weil auch das der - versuchten oder vollendeten - Tat nachfolgende Geschehen, durch das der Täter von der Vollendung einer versuchten Straftat Abstand

-
- 1) Die Rechtstheorien, die die Straffreiheit des Täters beim Rücktritt von der versuchten oder vollendeten Tat zwingend aus dogmatischen Gründen herzuweisen versuchen - der Rücktritt lasse die Handlung, die Rechtswidrigkeit oder die Schuld wegfallen (so sehen z.B. Schönke-Schröder § 46 Bem. IV den persönlichen Strafaufhebungsgrund des § 46 als Schuldtilgungsgrund an; ebenso Sauer AT, S. 115: Schuldauhebungsgrund) - sind daher abzulehnen. Die Rechtstheorien verkennen die Realität des einmal Geschehenen; so: Bockelmann, NJW 55, S.1420. Den Vorzug verdienen daher die rein kriminalpolitischen Theorien, die daran festhalten, dass der Täter eine Straftat begangen hat und eine sittliche Vergeltungsstrafe daher gerechtfertigt ist, und die den Wegfall der Strafe also nur mit ausserhalb der eigentlichen Strafrechtsdogmatik liegenden, kriminalpolitischen Erwägungen rechtfertigen. Wie hier z.B.: Bockelmann, NJW 55 S. 1420 f. Er geht davon aus, dass der Täter durch die versuchte Straftat ein für allemal schuldhaft Unrecht getan hat. Wegen seines verdienstlichen Handelns nach der Tat habe er jedoch Gnade verdient, so dass das Strafbedürfnis entfalle. Danach stellt der Rücktritt vom Versuch einen persönlichen Strafaufhebungsgrund dar, der Rechtswidrigkeit und Schuld der begangenen Versuchstat nicht berührt. So auch Baumann, S. 468, der - S. 467 - den Grundgedanken der Strafbefreiung ebenfalls in der Prämiierung freiwilliger Rückkehr zum sozialrichtigen Verhalten sieht. Gegen die kriminalpolitische Theorie jedoch neuerdings Lang-Hinrichsen, der in Civitas 1963, S. 218 f. eine neuartige dogmatische Erklärung der Straflosigkeit des Rücktritts von der versuchten oder vollendeten Tat gegeben hat.

nehmen oder eine vollendete Straftat wiedergutmachen möchte, unmittelbar vom Täter selbst gestaltet wird ¹⁾.

3. Allen vorstehend dargestellten Auffassungen haftet darüber hinaus ein weiterer, entscheidender Mangel an. Ihnen kann lediglich insoweit zugestimmt werden, als sie die objektiven Strafbarkeitsbedingungen in negativer Hinsicht als unrechts- und schuldfremde Umstände kennzeichnen. Ihre Versuche, den Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen auch in positiver Hinsicht zu bestimmen, scheitern jedoch sämtlich daran, dass der aus ihnen gewonnene Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen keine teleologische Beziehung zu dem Begriff der Strafbarkeit aufweist.

.. Lang-Hinrichsen geht davon aus, dass bei der Einzelstraftat aus der verschiedenen Teleologik heraus zwischen dem gesetzlichen Tatbestand und dem Strafzumessungstatbestand unterschieden werden müsse. Während der gesetzliche Tatbestand von dem Gesamtgeschehen einer verbrecherischen Tat nur einige typische Unrechtsmerkmale beschreibe, bezeichne der Strafzumessungstatbestand "die Straftat" in ihrer Ganzheit, die durch zahlreiche weitere, individuelle Umstände gekennzeichnet werde, welche teils dem tatbestandlichen Verhalten vorausgingen, teils es begleiteten, teils ihm nachfolgten. Das tatbestandliche Geschehen sei also von einer Vor-, einer begleitenden und einer Nachzone umgeben, deren Umstände zusammengekommen die "Tat" im Sinne der Strafzumessung bildeten. Das Verhalten des Täters nach Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes gehöre somit zur Gesamttat und sein sich daraus ergebendes Verschulden liege nicht ausserhalb der Einzeltatschuld, sondern sei im Sinne der Strafzumessung in Wahrheit ein Tatverschulden. Der freiwillige Rücktritt vom versuchten oder vollendeten Delikt sei ein in der Nachzone des gesetzlichen Tatbestandes liegendes Verhalten des Täters und damit ein Teil der Gesamttat, die wegen dieses nachfolgenden Verhaltens in ihrer Gesamtheit vom Gesetzgeber eine besondere Wertung erhalte. Auch auf der Grundlage dieser Versuchstheorie lässt sich jedoch die kriminalpolitische Auffassung der Prämierung der freiwilligen Rückkehr zum sozialrichtigen Verhalten mit der Begründung vertreten, dass das Strafbedürfnis für die im gesetzlichen Tatbestand umschriebene Straftat wegen des in der Nachzone liegenden verdienstlichen Handelns des Täters entfalle.

1) Vgl. Schmidhäuser, S. 560.

Denn diese Begriffsbestimmungen lassen nicht erkennen, warum die objektiven Strafbarkeitsbedingungen Merkmale sind, die notwendigerweise gegeben sein - bzw. bei negativer Fassung fehlen - müssen, damit den Täter wegen seines Verhaltens Strafe trifft, und deren Fehlen - bzw. deren Vorliegen - notwendigerweise den Wegfall der Strafe zur Folge hat. Das rechtlich durchgreifende Bedenken gegen diese Begriffsbestimmungen besteht also darin, dass sich aus ihnen keine Rechtfertigung für die strafbarkeitseinschränkende Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingungen ergibt.

Das materielle Strafrecht, das die verschiedenen Voraussetzungen der materiellrechtlichen Strafbarkeit aufstellt und von ihnen handelt, stellt ein teleologisch aufgebautes System dar ¹⁾. Ausgangspunkt dieses Systems ist, dass der Staat nur denjenigen bestrafen kann, gegen den ein staatlicher materieller Strafanspruch entstanden ist, der sich also - mit anderen Worten - strafbar gemacht hat. Eine staatliche Strafe trifft somit nur denjenigen, der alle sich aus dem materiellen Strafrecht ergebenden Voraussetzungen der Strafbarkeit in eigener Person erfüllt hat.

Das teleologische System des materiellen Strafrechts verlangt, dass alle Voraussetzungen der materiellrechtlichen Strafbarkeit zweckentsprechend in das materielle Strafrechtssystem eingeordnet sind. Da das materielle Strafrecht als ein zweckbestimmt aufgebautes System die Voraussetzungen zusammenfasst, von denen die Verhängung einer staatlichen Strafe abhängig ist, müssen alle Erfordernisse der materiellrechtlichen Strafbarkeit unmittelbar aus dem Begriff der Strafe abgeleitet sein. Infolgedessen kann die materiellrechtliche Strafbarkeit nur von solchen Merkmalen

1) So spricht Radbruch, Frank I, S. 162 f. davon, dass die Verbrechenslehre seit der Tatbestandslehre Belings eine teleologische Systematik habe und die Merkmale des Verbrechens sämtlich aus dem Zweck der Strafe abgeleitet seien; vgl. auch S. 170.

abhängen, die die Strafe mit Notwendigkeit nach sich ziehen und deren Fehlen mit derselben Notwendigkeit das Ausbleiben der Strafe zur Folge hat, da dann die Strafe ihre Daseinsberechtigung und damit den Grund ihrer Anwendung verliert ¹⁾.

In dem Streit um Sinn und Zweck des staatlichen Strafens hat sich heute überwiegend die Auffassung gebildet ²⁾, dass die innere Rechtfertigung der staatlichen Strafe primär in der begangenen Straftat zu finden ist, und die Strafe deshalb berechtigt ist, weil der Täter eine Straftat begangen hat. Die Straftat stellt daher in erster Linie ein sittliches Phänomen dar. Durch die Straftat vergeht sich der Täter gegen die strafrechtlich geschützte Sittenordnung, und um der Gerechtigkeit willen muss dieser Verstoss am Täter vergolten und auf diese Weise das sittliche Tatübel durch ein gleichwertiges Strafübel ausgeglichen werden. Ihrem Wesen nach ist also die Strafe gerechte Vergeltung für die begangene Straftat und hat den Sinn, die gestörte sittliche Ordnung wiederherzustellen.

Liegt der Hauptzweck der Strafe in der gerechten Vergeltung für die Straftat, so ist die schuldhaft begangene Straftat sowohl Entstehungsgrund als auch Maßstab für die Art und Höhe der Strafe. Da nur eine solche Handlung vergolten werden kann, die der Täter schuldhaft vorgenommen hat und die in der Straftat offenbarte Schuld zugleich Bemessungsgrundlage der Strafe ist, folgt aus der Natur der gerechten Vergeltungsstrafe, dass die Strafe proportional dem Maß der Schuld sein muss. Die staatliche Strafe ist demnach eine schuldangemessene gerechte Vergeltungsstrafe, deren Maßstab derjenige Grad des Vorwurfes ist, der den Täter im Hinblick auf eine konkrete Tat belastet ³⁾.

1) So: Schultheisz, SchwZfStR 1949 S. 341.

2) Vgl. Maurach AT, S. 60 u. 63 ff.

3) So: Maurach AT, S. 63.

Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld sind daher als Merkmale des "Verbrechens" - oder besser: der Straftat - unerlässliche Voraussetzungen der staatlichen Strafe, bei deren Fehlen diese ihre Berechtigung verliert. Denn der Täter hat in einem solchen Fall nach der dem materiellen Strafrecht zugrundeliegenden sittlichen Idee der gerechten Vergeltung nichts getan, was einer ausgleichenden Vergeltungsstrafe bedürfte ¹⁾. Da die objektiven Strafbarkeitsbedingungen ausserhalb von Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld liegen, haben sie mit der eine sittliche Sühne erfordernden Straftat nichts zu tun. Fehlen mithin die objektiven Strafbarkeitsbedingungen - bzw. liegen negativ formulierte "sachliche Strafausschliessungsgründe" vor -, so kann der sittliche Vergeltungszweck und damit der vorrangige Inhalt der staatlichen Strafe dadurch nicht entfallen.

Daher könnten die objektiven Strafbarkeitsbedingungen - und ebenso die persönlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründe - nicht als materiellrechtliche Strafbarkeitsmerkmale anerkannt werden, wenn die staatliche Strafe einzig und allein sittliche Sühne und Vergeltung wäre. Heute besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber ²⁾, dass die

1) Vgl. Schultheisz, Sch.ZfStR 1949, S. 341.

2) So die heute herrschenden Vereinigungstheorien im engeren Sinne, die von der v. Liszt begründeten "Vereinigungstheorie" unterschieden werden müssen, die sich sachlich als eine relative Theorie darstellt; vgl. Maurach AT, S. 60, 64 ff.; Ingo Müller, S. 28; von Hippel, Strafrecht, S. 457 ff., insbes. S. 493 f., 510; Mezger, Lb., S. 502 ff., insbes. S. 512, 514 f.; auch die Mehrheit der Grossen Strafrechtskommission vertrat eine solche unter dem Primat des Schuld- und Vergeltungsgedankens stehende Vereinigungstheorie; vgl. Dreher, ZStW 66, S. 570 f.

Straftat nicht nur ein sittliches Phänomen, sondern auch eine Erscheinung des sozialen Lebens ist. Daher kann sich auch die staatliche Strafe nicht in dem reinen Vergeltungszweck erschöpfen, sondern verfolgt daneben auch bestimmte reale Nützlichkeitszwecke. Dient die staatliche Strafe nicht nur dem reinen Vergeltungszweck, sondern ausserdem der Erreichung bestimmter kriminalpolitischer Zwecke, so müssen diese realen Nebenzwecke der Strafe, die ausserhalb der eine sittliche Sühne erheischenden Straftat liegen, zu dem vorrangigen Vergeltungszweck hinzutreten, wenn die staatliche Strafe vollauf gerechtfertigt sein soll. Mit anderen Worten verliert diese auch dann ihre volle Berechtigung, wenn sich diese kriminalpolitischen Nebenzwecke der Strafe nicht verwirklichen lassen.

Die unmittelbaren, konkreten kriminalpolitischen Zwecke der Strafe lassen sich unter den Begriffen der Generalprävention - Verbrechensverhütung durch Einwirkung auf die Allgemeinheit - und Spezialprävention - Verhütung der Verbrechenswiederholung durch Einwirkung auf den einzelnen Täter - zusammenfassen ¹⁾. Durch die staatliche Strafe - das heisst, durch ihre Androhung, Verhängung und Vollstreckung - sollen die Allgemeinheit und der einzelne Täter von der Begehung von Straftaten abgehalten werden. Damit kann aus den konkreten kriminalpolitischen Zwecken der Strafe der allgemeine Schluss gezogen werden, dass durch die staatliche Strafe in kriminalpolitischer Hinsicht die Nichtverletzung bestimmter, für die Aufrechterhaltung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens unerlässlicher Interessen erzwungen werden soll. Der leitende, kriminalpolitische Zweck der Strafe liegt mithin in der Verteidigung der vom Standpunkt der Gemeinschaft aus wichtigen, strafrechtlich geschützten Interessen ²⁾. Die

1) Vgl. Ingo Müller, S. 28; weitergehend: Schultheisz, SchZfStR 1949, S. 347.

2) So: Schultheisz, a.a.O.; Ingo Müller, a.a.O.'

Strafe ist also kriminalpolitisch unzweckmässig, wenn sie ihre interessenschützende Funktion nicht erfüllt oder zwar erfüllt, dabei aber ein anderes, vom Recht höher bewertetes Rechtsgut gefährdet oder verletzt.

Die hier zugrundegelegte herrschende Vereinigungstheorie, nach der die staatliche Strafe nur dann begründet ist, wenn sie sowohl sittlich gerechtfertigt als auch kriminalpolitisch zweckmässig ist, kann jedoch nur mit der Beschränkung gebilligt werden, dass durch die Berücksichtigung der kriminalpolitischen Präventionszwecke der Charakter der Strafe als Vergeltung nicht verändert werden darf ¹⁾. Denn sonst besteht die Gefahr, dass der Staat seine Strafgewalt aus Gründen der Staatsräson dazu missbraucht, sich von Tat und Schuld entfernende, durch sühnefremde Zwecke bestimmte und daher ungerechte Strafen anzudrohen. Der Hauptinhalt der Strafe liegt danach in der sittlichen Entsühnung des Täters, so dass die eine sittliche Sühne erfordernde Straftat primäre Voraussetzung der Strafbarkeit ist. Die Vorangigkeit des Vergeltungs- und Sühnezwecks der Strafe zeigt sich darin, dass die Straftat primärer Entstehungsgrund der staatlichen Strafe ist und Art und Maß - also das "Wie" - der staatlichen Strafe allein nach der unserem Strafrecht zugrunde liegenden Idee der gerechten Vergeltung bestimmt werden ²⁾. Keine Zweckmässigkeitserwägung

1) Vgl. Maurach AT, S. 52: "Als Vereinigungstheorien im überkommenen Sinne können nur diejenigen Meinungen gelten, die den Vergeltungscharakter der Strafe in jeder Hinsicht unangetastet lassen und mit einer solcherart wesensmässig fest bestimmten Strafe Präventionszwecke nur insoweit verfolgen, als dadurch der Charakter der Strafe, einer Tat-Schuld-Vergeltung, nicht verändert wird"; vgl. auch S. 60.

2) Vgl. Maurach AT, S. 66: "Das, was der Grundsatz 'Nulla poena sine lege' hinsichtlich der quantitativen Begrenzung der Strafgewalt ausspricht, das beinhaltet der Vergeltungsgrundsatz hinsichtlich des 'Wie' der Bestrafung".

vermag es also zu rechtfertigen, die durch den Vergeltungszweck bestimmte Strafe zu überschreiten oder die begangene Straftat sogar nur zum Anlass zu nehmen, losgelöst von der Idee der gerechten Vergeltung, eine reine staatliche Zweckstrafe zu verhängen. Die herrschende Vereinigungstheorie darf daher nicht so verstanden werden, dass an die Stelle der gerechten Vergeltungsstrafe auch eine andere staatliche Zweckstrafe treten kann oder Art und Maß der Strafe schon von vorneherein durch kriminalpolitische Zweckmässigkeitserwägungen mitbestimmt werden. Nach dieser Strafrechtstheorie können die kriminalpolitischen Nebenzwecke weder die staatliche Strafe allein begründen noch die ausschliesslich nach dem Prinzip der gerechten Vergeltung in Art und Maß bestimmte, schuldangemessene Strafe nach oben oder unten abändern ¹⁾. Sie sind vielmehr nur sekundäre Strafzwecke, die zu dem Vergeltungszweck hinzutreten müssen, damit die nach ihm bestimmte Strafe völlig berechtigt ist. Steht fest, dass sich die kriminalpolitischen Nebenzwecke der schuldangemessenen Vergeltungsstrafe nicht verwirklichen lassen, so entfällt also die Strafe aus lediglich kriminalpolitischen Erwägungen, obwohl sie sittlich nach wie vor gerechtfertigt ist. Falls eine staatliche Strafe begründet ist, wird also das "Wie" der staatlichen Strafe - ihre Art und Höhe - nach der herrschenden Vereinigungstheorie ausschliesslich nach dem Prinzip der gerechten Vergeltung bestimmt. Ob eine so zu bestimmende Strafe begründet ist, hängt allerdings nicht nur von der Straftat als dem eine sittliche Vergeltung erfordernden Verstoss gegen die strafrechtlich geschützte Sittenordnung, sondern auch von dem Gegebensein

1) Vgl. Maurach AT, S. 66.

der kriminalpolitischen Nebenzwecke der Strafe ab ¹⁾).

- 1) Vgl. Welzel, S. 218: "Wenn er (der Staat) straft, hat er gerecht zu strafen; aber ob er straft, hängt davon ab, ob die Strafe für den Bestand der Rechtsordnung erforderlich ist". Auch Hellmuth Mayer ist der Ansicht, dass der Staat nicht jedes Verhalten, das eine sittlich gerechtfertigte Vergeltungsstrafe verdient, auch wirklich unter Strafe stellen muss, und die staatliche Strafe vielmehr einer zweiten, sich aus dem Staatszweck ergebenden Rechtfertigung bedarf. Vgl. Hellmuth Mayer, S. 33: "Die an sich gerechte Strafe ist nur dann wirklich gerechtfertigt, wenn sie zugleich durch die staatliche Notwendigkeit gefordert wird. Die Strafe ist eben kein kategorischer Imperativ... Vielmehr ist der Mensch zur Übung der Gerechtigkeit nur legitimiert, wenn und soweit die Verfolgung notwendiger Staatszwecke dies erfordert. Namentlich bleibt der Staat nur dann innerhalb der Grenzen seines recht-mässigen Auftrages, wenn er das Strafrecht ^{nicht} unnötig verwendet. Daher ist der Gedanke des lückenlosen Rechtsgüterschutzes ... recht bedenklich... Zu allen Zeiten haben die Staaten nur einen kleinen Teil des strafwürdigen Tuns wirklich gestraft". Damit sind also auch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, die die Strafbarkeit eines strafwürdigen Tuns einschränken, mit der herrschenden Straftheorie vereinbar. Nach ihr ist also die Strafe ihrem Wesen nach eine gerechte Tat-Schuld-Vergeltung, die der Staat aber nur ausübt, wenn und soweit die staatliche Notwendigkeit dies erfordert.

Der Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen ist auch mit der Theorie von der Strafe als sozial-ethischer Missbilligung vereinbar, die in neuerer Zeit wieder in zunehmendem Maße vertreten wird (vgl. hierzu Noll, S. 18 Fn. 37). Die Strafe ist danach nicht in einer rein sittlichen Forderung nach Vergeltung eines schuldhaften Sittenverstosses, sondern in der sozialen Notwendigkeit begründet (so: Noll, S. 20 f.). Durch die Strafe soll nicht die Tatschuld an dem Täter vergolten werden (gegen die Vergeltungsstrafe Noll, S. 7-12). Die Strafe stellt vielmehr eine öffentliche Missbilligung des sozial-ethisch verwerflichen Verhaltens des Täters dar und dient somit durch öffentliche Missbilligung des sozial-widrigen Verhaltens der Aufrechterhaltung und Verwirklichung der gerechten Gemeinschaftsordnung (vgl. Noll, S. 17 f., 21). Nicht zur Vergeltung der Tatschuld wird also gestraft, sondern zur Aufrechterhaltung und Bewährung der Gemeinschaftsordnung. Da sich die Strafe als öffentliche Missbilligung auf ein schuldhaftes, sozial-ethisch missbilligenswertes Verhalten des Täters bezieht, gibt die Tatschuld zwar nicht die Grundlage, wohl aber das Höchstmaß der Strafe an (so: Noll, S. 22). Sie muss also auch nach dieser Ansicht eine schuldangemessene, gerechte Strafe sein (so: Noll, a.a.O.). Andererseits fordert aber nicht jede Schuld Strafe und kann straflos gelassen werden, wenn keine soziale Notwendigkeit für die Strafe besteht (vgl. Noll, S. 21). Strafbarkeitseinschränkungsgründe - insbes. objektive Strafbarkeitsbedingungen - sind daher auch nach dieser Straftheorie möglich.

Als ausserhalb der Straftat liegendes materiellrechtliches Strafbarkeitsmerkmal können die objektiven Strafbarkeitsbedingungen - und ebenso die persönlichen Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe - nur Merkmale sein, die die kriminalpolitische Unzweckmässigkeit einer sittlich gerechtfertigten Vergeltungsstrafe begründen. Da die kriminalpolitische Zweckmässigkeit der Strafe nach der herrschenden Vereinigungstheorie eine Voraussetzung für die Entstehung des staatlichen materiellen Strafanspruchs ist, können die objektiven Strafbarkeitsbedingungen - und die persönlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründe - teleologisch in das System des materiellen Strafrechts eingeordnet werden. Damit weisen alle materiellrechtlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründe einen gemeinsamen, aus dem Begriff der Strafe abgeleiteten Grund auf. Beim Fehlen von positiv gefassten und beim Vorhandensein von negativ gefassten Strafbarkeitseinschränkungsgründen können sich die kriminalpolitischen Nebenzwecke der staatlichen Strafe nicht verwirklichen ¹⁾. Durch das Aufstellen von materiellrechtlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründen werden also kriminalpolitisch unzweckmässige Strafen verhütet ²⁾. Kriminalpolitisch unzweckmässig ist die staatliche Strafe vor allem dann, wenn sich der oberste kriminalpolitische Zweck der Strafe - die Verteidigung der gemeinschaftswichtigen Interessen - nicht verwirklichen lässt und daher die Strafe im Falle ihrer Verhängung ihre interessenschützende Funktion nicht erfüllen kann ³⁾. Dies kann darauf beruhen, dass für den Interessenschutz kein Grund vorliegt oder die Strafe die zu beschützenden Interessen mehr verletzt als die rechtswidrig-schuldhaftige Handlung selbst oder das Inaussichtstellen der Straflosigkeit ein wirksameres Schutzmittel als die Strafe ist ⁴⁾. Kriminalpolitisch unzweckmässig

1) Vgl. Schultheisz, SchZfStR 1949 S. 352 f.; Ingo Müller, S. 28.

2) Ingo Müller, a.a.O.

3) Vgl. Schultheisz, SchZfStR 1949, S. 353.

4) Vgl. Schultheisz, a.a.O.

ist die Strafe aber auch dann, wenn sie zwar ihre Interessen (rechtsguts-) schützende Funktion erfüllt, dabei aber ein anderes, vom Recht höher bewertetes Rechtsgut gefährdet oder verletzt ¹⁾.

Damit stellt das materielle Strafrecht ein in sich geschlossenes, teleologisch aufgebautes System dar. Materiell-rechtliche Voraussetzung der Strafbarkeit ist danach in erster Linie eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung, die die staatliche Strafe sittlich rechtfertigt. Sie ist damit vorrangiger Entstehungsgrund und alleiniger Bestimmungsgrund von Art und Höhe der Strafe.

Die Straftat stellt also eine primäre, unabdingbar notwendige Voraussetzung der Strafbarkeit dar. Da eine sittlich gerechtfertigte Strafe in der Regel auch kriminalpolitisch zweckmässig ist, hängt die Entstehung des staatlichen materiellen Strafanspruchs meist nur vom Gegebensein dieser primären Voraussetzung der Strafbarkeit ab. Eine sittlich gerechtfertigte Vergeltungsstrafe kann jedoch kriminalpolitisch unzweckmässig sein. In diesen Fällen stellt das Vorhandensein positiv gefasster bzw. das Fehlen negativ gefasster Strafbarkeitseinschränkungsgründe eine zur inneren Rechtfertigung der Strafe ausser der Straftat noch erforderliche sekundäre Voraussetzung der Strafbarkeit dar ²⁾. Durch dieses aus dem Begriff der

1) Vgl. Ingo Müller, a.a.O.

2) Diese Auffassung ist bereits im Ansatz in der von Binding vertretenen Ansicht enthalten, dass bisweilen das Delikt allein die Strafe nicht auszuüben vermag und das Gesetz manchmal neben dem Delikt das Vorhandensein anderweitiger Bedingungen zur Begründung des Strafrechts verlangt (vgl. Binding Normen I, S. 232 ff.). Binding bezeichnete nun diese Momente, die neben dem Delikt Voraussetzungen der Strafbarkeit bilden, als "zweite Bedingungen des Strafrechts" (vgl. Normen I, S. 234 f.) und hob hervor, dass sie dem Delikt ganz fremd sind (vgl. Normen I, S. 232).

Strafe selbst fliessende gemeinsame Kennzeichen aller materiellrechtlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründe können diese auch eindeutig von den prozessualen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Strafverfolgungsverfahrens unterschieden werden.

Die hier vertretene Auffassung, dass durch die materiellrechtlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründe in Ausnahmefällen die kriminalpolitische Zweckmässigkeit der Strafe, die normalerweise mit der Begehung der Straftat ebenfalls gegeben ist, begründet wird und sie daher der Vermeidung kriminalpolitisch unzweckmässiger Bestrafungen dienen, liegt in Wirklichkeit auch den abweichenden Ansichten

-
- .. Ingo Müller, S. 27, bezeichnet ebenfalls die Straftat als primäre Strafbarkeitsbedingung und die objektiven Strafbarkeitsbedingungen als sekundäre Strafbarkeitsbedingungen.

Im Gegensatz dazu nimmt Schultheisz, SchZfStR 1949, S. 343, 353 f. die materiellrechtlichen Strafbarkeits-einschränkungsgründe neben Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld als viertes Verbrechensmerkmal in den Begriff der Straftat auf, die er demzufolge als eine Handlung definiert, "die tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft ist und jene Eigenschaft besitzt, zufolge derer im Falle ihrer Bestrafung alle - kriminalpolitischen - Zwecke der Strafe sich verwirklichen können".

Dieser Ansicht ist wohl auch Maurach BT (4), S. 5, nach dem die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit zwar ausserhalb des Tatbestandes stehen, aber Verbrechenselemente sind. Ebenso fordert Radbruch, Frank I, S. 163, 170 f., dass die objektiven Strafbarkeitsbedingungen und die persönlichen Strafausschlussgründe teleologisch in den Verbrechenbau eingeordnet werden müssten.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, da die lediglich die kriminalpolitische Zweckmässigkeit der Strafe begründenden Merkmale nicht zum Inhalt der eine sittliche Sühne verlangenden Straftat gemacht werden dürfen. Sie können nur ausserhalb der Straftat liegende sekundäre Voraussetzungen der Strafbarkeit sein, die der durch die Straftatbegehung sittlich gerechtfertigten Strafe auch eine kriminalpolitische Rechtfertigung verleihen.

Stratenwerths ¹⁾ und Schmidhäusers ²⁾ zugrunde. So meint Stratenwerth ³⁾, dass die Rechtfertigung der Strafe neben der Strafwürdigkeit noch das Strafbedürfnis erfordere, so dass ein staatlicher materieller Strafanspruch nur entstehen könne, wenn sowohl die Voraussetzungen der Strafwürdigkeit als auch die Voraussetzungen der Strafbedürftigkeit gegeben seien. Vom rechtswidrig-schuldhaften Verhalten des Täters hänge die Strafwürdigkeit, von den objektiven Strafbarkeitsbedingungen das Strafbedürfnis ab. Diesem Ausgangspunkt Stratenwerths ist zuzustimmen. Abzulehnen ist jedoch, dass er ihn nicht konsequent verfolgt und die sachliche Bedeutung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht unmittelbar aus der Strafe selbst ableitet, sondern darin sieht, dass sie ein erhöhtes Maß an "Rechtsordnungswidrigkeit" indizierten, das seinerseits erst das Strafbedürfnis begründe. Ähnlich bemerkt auch Schmidhäuser ⁴⁾, dass die durch die Aufstellung von objektiven Strafbarkeitsbedingungen erreichte Einschränkung der Strafbarkeit einer tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung mit den Zwecken des staatlichen Strafens vereinbar sein müsse, und dass der Grund für eine derartige Strafeinschränkung zum Beispiel der Mangel eines kriminalpolitischen Interesses sein könne.

Der hier vertretene Begriff der materiellrechtlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründe führt auch, wie Ingo Müller nachgewiesen hat ⁵⁾, zu praktisch brauchbaren und dogmatisch vertretbaren Ergebnissen. Dies soll im Folgenden an einem Beispiel aufgezeigt werden.

1) Vgl. vorstehend S. 93 ff.

2) Vgl. oben S. 96 ff.

3) Stratenwerth, S. 572, 567 f.

4) Vgl. Schmidhäuser, S. 561.

5) Ingo Müller, S. 31 ff.

Über die Rechtsnatur des Merkmals der Ehescheidung in § 172 I herrscht Streit. Einigkeit besteht jedoch weitgehend ¹⁾ darüber, dass das Merkmal der Ehescheidung nichts zum tatbestandlich beschriebenen Unrechtstypus des Ehebruchs beiträgt. Für das Unrecht der ehebrecherischen Tat kann es nicht von Bedeutung sein, ob sich der verletzte Ehegatte dazu entschliesst, den Ehebruch als Scheidungsgrund geltend zu machen, und ob es ihm auch gelingt, dadurch eine Trennung der Ehe herbeizuführen, was oft vom Zufall, wie z.B. von der Beweisbarkeit des Ehebruchs, abhängt ²⁾.

Hieraus folgern die herrschende Lehre ³⁾ und Rechtsprechung ⁴⁾, dass es sich bei dem Merkmal der Ehescheidung in § 172 I um eine Prozessvoraussetzung handle. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Bleibt die Ehe trotz des Ehebruchs des einen Ehegatten bestehen, so würde durch eine Bestrafung des schuldigen Ehegatten die Ehe nur noch mehr zerrüttet werden, als dies durch den Ehebruch ohnehin schon geschehen ist ⁵⁾. Zwar hat der untreue Ehegatte auch in diesem Fall schuldhaft Unrecht getan und sittlicher Auffassung nach Strafe verdient. Dennoch verzichtet der Staat in einem solchen Fall darauf,

-
- 1) Vgl. mit weiteren Literaturhinweisen: Bemann, S. 36 ff.; Ingo Müller, S. 70 ff. Dagegen ist Sauer, Mezger-Festschrift, S. 119 f., der Ansicht, dass der Ehebruch nicht um seiner selbst willen, sondern erst dadurch strafwürdig ist, dass er ehevernichtend gewirkt hat.
 - 2) Vgl. Bemann, S. 39; Ingo Müller, S. 71 f.
 - 3) Maurach BT (4), S. 392; Welzel, S. 381; Bemann, S. 37; Binding Lb I, S. 222; Frank (18) § 172 Bem. III, 1; Jagusch in LK II (8), § 172 Anm. 7a; Schwarz-Dreher, § 172 Anm. 2. Vgl. auch Eb. Schmidt, Niederschriften (V), S. 101: "Die im Ehebruchsparagraphen geforderte Voraussetzung der Ehescheidung möchte ich ... als eine Verfolgungsvoraussetzung bewerten. Letzen Endes entscheidet man hier aber gefühlsmässig". Eine andere Auffassung vertrat Eb. Schmidt in v. Liszt-Schmidt und Lk I; vgl. unten S. 113 Fn. 3.
 - 4) RGSt 22/135 (137); BGH NJW 52/476.
 - 5) Vgl. RGSt 22/135 (137); Schultheisz, SchZfStR 1949, S. 348, 349; Bemann, S. 39; Ingo Müller, S. 72.

gegen den Täter eine Strafe aus § 172 zu verhängen, da das durch § 172 geschützte Rechtsgut der Ehe als einer rechtlich anerkannten Institution durch eine solche Bestrafung stärker gefährdet würde, als es durch die ehebrecherische Tat selbst verletzt worden ist ¹⁾. Während der Ehebruch selbst nicht zu einer Vernichtung der Ehe geführt hat, könnte die durch ihn bereits erschütterte Ehe endgültig zerstört und in ihrem Bestand bedroht werden, wenn der eine Ehegatte ins Gefängnis gesperrt würde. Wird die Ehe trotz des Ehebruchs weitergeführt, so könnte im Falle einer Bestrafung des schuldigen Ehegatten wegen Ehebruchs die Strafe ihre Interessen (rechtsguts)-schützende Funktion nicht erfüllen und ist daher kriminalpolitisch unzweckmässig ²⁾. Seinem Wesen nach ist das Merkmal der Ehescheidung in § 172 demnach ein positiv gefasster sachlicher Strafbarkeitseinschränkungsgrund ³⁾.

Nach dem geltenden Strafprozessrecht besteht jedoch aus prozessualen Erwägungen ein Bedürfnis, dem Merkmal der Ehescheidung in § 172 I auch die Wirkung einer Prozessvoraussetzung einzuräumen. Stellt nämlich das Gericht in der Hauptverhandlung das Fehlen eines positiv gefassten materiellrechtlichen Strafbarkeitseinschränkungsgrundes fest, so ergeht ein den Angeklagten freisprechendes Urteil ⁴⁾. Da das freisprechende Urteil nach Ablauf der Rechtsmittelfrist - bei Rechtsmittelverzicht der Anklage-

1) So: Schultheisz, SchwZfStR 1949, a.a.O.

2) So: Schultheisz, SchwZfStR 1949, S. 348 f., 353; Ingo Müller, S. 72.

3) Schultheisz, SchwZfStR 1949, S. 348 f.; Ingo Müller, a.a.O.; M.E.Mayer, S. 101; v. Hippel, Lb, S. 225 Fn. 1, 224; v. Liszt-Schmidt, S. 294; Schmidt Lk I, Rdnr. 149, S. 83 f.; Dreher in Dreher-Maassen (3) § 172 Bem. 2 (anders jedoch in Schwarz-Dreher; vgl. oben S. 112 Fn.3); Mezger BT, S. 283; Mezger-Blei, S. 91, 102, 175; Schönke-Schröder § 172 Bem. V (anders noch in der 10. Auflage).

4) Rittler, Frank II, S. 11; Schmidhäuser, S. 559, 555; Ingo Müller, S. 73; weitere Literaturhinweise bei Bemann, S. 10.

behörde und des Angeklagten also sofort! - in Rechtskraft erwächst und die Ehe unter Umständen auch noch nach Abschluss des Strafverfahrens aufgrund des Ehebruchs geschehen werden kann, steht die materielle Rechtskraft des freisprechenden Urteils einer erneuten Strafverfolgung entgegen ¹⁾. Da auch eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 362 StPO ausgeschlossen ist, kann der Täter in einem solchen Falle trotz einer nachträglich erfolgten Ehescheidung nicht mehr verfolgt werden und geht daher straffrei aus. Dieses unbefriedigende Ergebnis kann nur dadurch vermieden werden, dass man die Ehescheidung auch als eine Prozessvoraussetzung ansieht. Da nämlich die Frage, ob ein Strafverfahren prozessual zulässig ist, der Frage, ob in dem Strafverfahren nach materiellem Strafrecht eine Strafe verhängt werden darf, logisch vorangeht, muss das Gericht zunächst die Prozessvoraussetzungen prüfen und über sie entscheiden, ehe es in eine abschliessende Prüfung der Strafbarkeitsvoraussetzungen eintreten und eine Entscheidung über ihr Gegebensein treffen kann ²⁾. Gehört das Merkmal der Ehescheidung in § 172 I sowohl dem materiellen als auch dem formellen Strafrecht an, so hat demnach sein Fehlen im Strafverfahren zur Folge, dass das Gericht bei seiner Entscheidung über den Prozessgegenstand zuerst berücksichtigen muss, dass die fehlende Ehescheidung ein Prozesshindernis darstellt ³⁾. Stellt sich aber in der Hauptverhandlung ein Prozesshindernis heraus, so ist das Verfahren durch Urteil gemäss § 260 III StPO einzustellen. Wird die Ehe nach dem das Verfahren rechtskräftig abschliessenden Einstellungsurteil wegen des Ehebruchs geschehen, so ist das Prozesshindernis, das zu dem Einstellungsurteil geführt hat, nachträglich behoben worden ⁴⁾.

1) Nach Henkel, S. 444 Fn. 7 verbietet Art. 103 III GG nicht nur eine neue "Bestrafung", sondern auch jede erneute Verfolgung im Strafverfahren.

2) Eb. Schmidt, Lk. I S. 95 Rdnr. 179; RGSt 41, 152 (153).

3) Vgl. RGSt 41, a.a.O.; Ingo Müller, a.a.O.

4) Ingo Müller, S. 74.

Der Ehebrecher kann dann also noch zur Verantwortung gezogen werden, falls der betrogene Ehegatte form- und fristgerecht Strafantrag gestellt hatte (vgl. § 172 II). Dies folgt daraus, dass das Einstellungsurteil insoweit keine Sperrwirkung entfaltet, als der die Prozessvoraussetzung bildende Umstand nachträglich eintritt. In diesem Falle kann also das bereits eingestellte Verfahren fortgeführt werden ¹⁾.

Da das Merkmal der Ehescheidung in § 172 sowohl einen positiv gefassten Strafbarkeitseinschränkungsgrund als auch eine Prozessvoraussetzung darstellt, ist dieses Merkmal eine gemischt materiellprozessrechtliche Voraussetzung der Bestrafung ²⁾.

Wie das vorstehende Beispiel gezeigt hat, - eine Fülle weiterer Beispiele findet sich bei Ingo Müller, S. 31 ff. -, bewährt sich der hier vertretene Begriff der materiellrechtlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründe auch in seiner praktischen Anwendung auf die einzelnen gesetzlichen Tatbestände des Besonderen Teils. Der Begriff der

-
- 1) Schmidhäuser, S. 555; Henkel, S. 448; Schmidt Lk II § 26o StPO Erl. 28, Lk I Rdnr. 27o, S. 138 f.; RGSt 46, 363 (368); 66, 51 (52); 62, 296 (3oo); BGHSt 1, 231 (235); Ingo Müller, a.a.O.
 - 2) So: Ingo Müller, S. 75. Diese Auffassung ist nicht außergewöhnlich, denn die Meinung von der Doppelnatur mancher Rechterscheinungen dringt neuerdings stärker vor (vgl. Baumann, S. 1o5). So bekennt sich z.B. auch der E 1962 zu einer gemischten Verjährungstheorie und sieht die Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsverjährung als gemischte materiellprozessrechtliche Institute an. Die Begründung zum E 1962 (S. 257) führt hierzu - ganz im Sinne der hier vertretenen Ansicht - folgendes aus: "Der Entwurf geht davon aus, dass die Verjährung ihre Rechtfertigung sowohl in Gesichtspunkten des sachlichen Rechts als auch in verfahrensrechtlichen Gründen findet. ... Die Feststellung, dass mit dem Ablauf der Zeit das Strafbedürfnis (1) schwindet und schliesslich ganz entfällt, mag ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Einrichtung der Verjährung sein. ... Jedoch würde eine rein materiellrechtliche Betrachtung dazu führen, dass ein anhängiges Verfahren bei Eintritt der Verjährung nicht einzustellen, sondern der Angeklagte freizusprechen wäre. Dies wäre nicht gerechtfertigt". -

materiellrechtlichen Strafbarkeitseinschränkungsgründe weist also nicht nur einen negativen Inhalt auf. Er ist vielmehr auch in positiver Hinsicht dadurch gekennzeichnet, dass entweder das Fehlen (dann positiv formulierte Strafbedingung!) oder Gegebensein (dann negativ formulierter Strafausschluss!) dieser Merkmale eine sittlich gerechtfertigte, schuldangemessene Vergeltungsstrafe kriminalpolitisch unzweckmässig erscheinen lässt. Zur Entstehung des staatlichen materiellen Strafanspruchs sind somit neben den unabdingbar notwendigen Umständen, die das Verdientsein der Strafe begründen - also der tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung - in Einzelfällen ausnahmsweise auch weitere, davon unabhängige Umstände erforderlich, die die Strafbarkeit der Tat - allgemein oder personengebunden - einschränken und von kriminalpolitischen Zweckmässigkeitserwägungen abhängig machen.

Die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen ist demnach als eine objektive Strafbarkeitsbedingung anzusehen, wenn das tatbestandsmässige Unrecht des § 143 in der blossen Vernachlässigung der Aufsichtspflicht besteht und die Strafbarkeit der schuldhaft-rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung nur deshalb von einer Unrechthandlung des Aufsichtsbefohlenen abhängt, weil es kriminalpolitisch unzweckmässig und daher verfehlt wäre, den Aufsichtspflichtigen auch dann zu bestrafen, wenn die Aufsichtspflichtverletzung keine "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen zur Folge gehabt hat.

C. Die Auslegung des § 143 I, 1 StGB.

Nachdem das Rechtsgut des § 143 und der positive Begriffsinhalt der objektiven Strafbarkeitsbedingungen bestimmt worden sind, kann nunmehr die Frage beantwortet werden, ob die infolge der unzureichenden Beaufsichtigung begangene "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen ein Tatbestandsmerkmal des § 143 oder - wie die herrschende Lehre annimmt - eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist.

1. Keine Billigung verdient die Begründung, mit der Maurach ¹⁾ die herrschende Lehre ablehnt. Maurach meint, dass die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen schon deshalb keine objektive Bedingung der Strafbarkeit sein könne, weil die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen nach § 143 I, 1 durch die Aufsichtspflichtverletzung verursacht ²⁾ sein

1) Vgl. Maurach BT (4), S. 400.

2) Nach § 143 I, 1 wird die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht nur bestraft, "wenn der zu Beaufsichtigende eine als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohte Handlung begeht, die der Aufsichtspflichtige durch gehörige Aufsicht hätte verhindern können". Sinn dieser in dem Bedingungssatz enthaltenen weiteren Voraussetzung der Strafbarkeit ist, klarzustellen, dass eine nicht gehörige Beaufsichtigung dann nicht strafbar sein soll, wenn auch eine gehörige Beaufsichtigung den Aufsichtsbefohlenen nicht davon abgehalten hätte, die "Straftat" zu begehen, wenn also die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht überhaupt nichts zur Straffälligkeit des Aufsichtsbefohlenen beigetragen hat. Danach soll also das Unterlassen der gehörigen Beaufsichtigung nur strafbar sein, wenn es ohne die Unterlassung nicht zu der "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen gekommen wäre, das heisst also, wenn sie diese mitverursacht hat. Ursächlichkeit einer Unterlassung ist dann anzunehmen, wenn die Unterlassung nicht hinweggedacht bzw. nach herrschender Meinung (vgl. Maurach AT, S. 502) die unterlassene Handlung nicht hinzugegacht werden kann, ohne dass damit auch der eingetretene Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfällt. Die Aufsichtspflichtverletzung i.S. des § 143 I, 1 ist somit nur strafbar, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass der Aufsichtsbefohlene die "Straftat" bei gehöriger Beaufsichtigung durch den Aufsichtspflichtigen nicht begangen hätte, wenn also "nach menschlicher Voraussicht die 'Straftat' bei Erfüllung

muss. Die Tatsache, dass das Gesetz selbst Kausalität zwischen der Aufsichtspflichtverletzung und der "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen verlangt, steht nämlich der Annahme einer objektiven Strafbarkeitsbedingung nur dann entgegen, wenn man - wie Maurach ¹⁾ das tut - die objektiven Strafbarkeitsbedingungen als materiellrechtliche Strafbarkeitsmerkmale ansieht, die nicht in Kausalzusammenhang mit der Tat stehen und "mit Zeit und Ort der Verbrechensvollendung nichts zu tun haben". Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Wie vorstehend dargestellt wurde, sind die objektiven Strafbarkeitsbedingungen vielmehr ausserhalb des Begriffs der Straftat liegende materiellrechtliche Strafbarkeitsmerkmale, von denen in Ausnahmefällen die kriminalpolitische Zweckmässigkeit der Bestrafung abhängt, die in der Regel durch die Begehung der Straftat ohne weiteres gegeben ist. Ihr Fehlen - bzw. bei negativer Fassung: ihr Gegebensein - macht also ausnahmsweise die für die Begehung der Straftat angedrohte schuldangemessene Vergeltungsstrafe kriminalpolitisch

.. der Aufsichtspflicht ausgeblieben wäre" (Nagler, S. 25). Indem § 143 I,1 verlangt, dass der Aufsichtspflichtige "die 'Straftat' des Aufsichtsbefohlenen durch gehörige Aufsicht hätte verhindern können", stellt das Gesetz also nicht die Forderung auf, dass der Aufsichtspflichtige die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen schuldhaft fahrlässig verursacht haben muss. Es fordert vielmehr nur, dass überhaupt ein Ursachenzusammenhang zwischen der Aufsichtspflichtverletzung und der "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen besteht. So die allgemein anerkannte Meinung: Gleispach, S. 87 ff.; Rietzsch, S. 510 ff.; Niederreuther, S. 118; Nagler, S. 24 f.; Späth, S. 110; Licht, S. 22,60; Kreutzahler, S. 100; Schöнке-Schröder, § 143 Anm. III; Maurach BT (4) S. 400 f.; Werner in LK I (8) § 143 Anm. III; Kohlrausch-Lange (43) § 143 Anm. III. Damit ist jedoch die Frage keineswegs entschieden, ob diese durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen den Unrechtsgehalt der Aufsichtspflichtverletzung mitbestimmt oder nicht und daher ein von der Schuld des Aufsichtspflichtigen umfasstes Tatbestandsmerkmal oder eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist.

- 1) Vgl. Maurach BT (4), S. 609: "Bedingungen der Strafbarkeit sind aus dem Tatbestandsbild zeitlich, örtlich und kausal herausgelöst". Ähnlich Lange in Kohlrausch-Lange (43), Systemat. Vorbem. VI A vor § 11, S. 25: "Die Bedingungen der Strafbarkeit ... haben nichts mit Zeit und Ort der Verbrechensvollendung zu tun".

unzweckmässig. Es ist aber kein Grund dafür ersichtlich, dass die kriminalpolitische Zweckmässigkeit der Bestrafung einer bestimmten Straftat nicht auch von einem solchen Umstand soll abhängen können, der durch die Begehung der Straftat kausal herbeigeführt wird. Die Strafe wegen des im Straftatbestand beschriebenen Verhaltens kann daher auch dann als kriminalpolitisch unzweckmässig erscheinen, wenn eine bestimmte Folge der Straftat nicht eintritt. Nicht nur von der Straftat völlig losgelöste, sondern auch mit der Straftat äusserlich verbundene, in Kausalzusammenhang mit ihr stehende Umstände können mithin objektive Bedingung der Strafbarkeit sein ¹⁾. Sowohl der betref-

-
- 1) So auch Kreutzahler, S. 103: "... andererseits spricht die Kausalität nicht gegen die Annahme einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit". Vgl. ferner die von Sauer AT, S. 72 ff. vorgenommene Gruppierung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen, die er in faktische und normative Merkmale einteilt. Innerhalb der "äusseren Strafbarkeitsvoraussetzungen faktischer Art" unterscheidet er - ebenso wie bei denjenigen normativer Art - drei verschiedene Gruppen:

a) Zu ersten Gruppe gehören solche durch die tatbestandsmässige Handlung - kausal - herbeigeführte Tatsachen, auf die sich die Schuld des Täters nicht zu erstrecken braucht. Hierzu zählt Sauer z.B. die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen in § 143 I, 1. Da diese Strafbarkeitsbedingungen nur schuld-, aber nicht kausalfrei gestellt sind, stehen sie den Tatbestandsmerkmalen am nächsten und gehören zu jenen objektiven Strafbarkeitsbedingungen, die den leichtesten Grad der "Objektivität" aufweisen.

b) Zur zweiten Gruppe gehören solche faktischen Merkmale, die vom Gesetzgeber schuld- und auch kausalfrei gestellt sind, obwohl sie einer (schuldhaften) Verursachung durch den Täter zugänglich sind, wie z.B. der schwere Erfolg beim Raufhandel gem. § 227. Diese Strafbarkeitsbedingungen entfernen sich etwas weiter von den Tatbestandsmerkmalen und weisen einen mittleren Grad der "Objektivität" auf.

c) Schliesslich gibt es nach Sauer noch faktisch Merkmale, bei denen jegliche Möglichkeit einer Schuld- und Kausalbeziehung fehlt. Als Beispiel für diese faktischen Merkmale führt Sauer Zeit und Ort der Tat im Sinne der §§ 3 ff. an. Da die faktischen Strafbarkeitsbedingungen dieser Stufe vom Unrechtstatbestand völlig losgelöst sind, gehören sie zu der Gruppe der "reinen" objektiven Strafbarkeitsbedingungen, denen der strengste Grad der "Objektivität" innewohnt.

fende Umstand selbst als auch seine Kausalbeziehung zur Straftat stellen dann zusammen die objektive Strafbarkeitsbedingung dar. Auch wenn § 143 I, 1 Kausalität zwischen der Aufsichtspflichtverletzung und der "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen verlangt, kann daher "die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte 'Straftat' des Aufsichtsbefohlenen" eine objektive Strafbarkeitsbedingung sein.

2. Der herrschenden Lehre kann jedoch aus anderen Gründen nicht gefolgt werden.

Die Annahme, die infolge der Aufsichtspflichtverletzung begangene "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen sei eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, lässt sich mit dem positiven Begriffsinhalt dieser Merkmale nicht vereinbaren. Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen stellen, wie bereits ausgeführt wurde, einen zweiten, kriminalpolitischen Rechtfertigungsgrund der staatlichen Strafe dar und zeigen an, dass eine durch die schuldhaft Begehung von Unrecht sittlich gerechtfertigte und in Art und Maß bestimmte Strafe auch kriminalpolitisch zweckmässig ist. Sie schränken also die Strafbarkeit einer schuldhaft-rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung ein, wenn die sittlich gerechtfertigte Strafe ausnahmsweise kriminalpolitisch unzweckmässig ist. Durch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen sollen daher kriminalpolitisch unzweckmässige Strafen verhütet werden.

Die infolge der Aufsichtspflichtverletzung begangene "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen kann also nur als eine objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen werden, wenn die in § 143 angedrohte Strafe durch die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht sittlich gerechtfertigt ist und bei fehlender "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen lediglich deshalb entfällt, weil es kriminalpolitisch unzweckmässig ist, den Aufsichtspflichtigen auch dann zu bestrafen, wenn seine Aufsichtspflichtverletzung keine weiteren Folgen gehabt hat. Kriminalpolitisch unzweckmässig ist die Strafe, wenn sich der oberste kriminalpolitische

Zweck der Strafe - die Verteidigung der gemeinschaftswichtigen Interessen - nicht verwirklichen lässt und daher die Strafe ihre Interessen (Rechtsguts)-schützende Funktion nicht erfüllen kann, oder wenn sie ihre Interessenschützende Funktion zwar erfüllt, dabei aber ein anderes, vom Recht höher bewertetes Rechtsgut gefährdet oder verletzt ¹⁾. Hierbei kann die Tatsache, dass die Strafe ihre Interessenschützende Funktion nicht erfüllen kann, darauf beruhen, dass für den Interessenschutz kein Grund vorliegt ²⁾ oder

1) Vgl. oben S. 104 f., 108 f.

2) Als Beispiel seien die Strafantragsdelikte angeführt, bei denen durch die Strafe hauptsächlich persönliche Interessen des Verletzten verteidigt werden sollen. Bei diesen Antragsdelikten handelt es sich um solche, meist besonders leichte Straftaten, bei denen das angegriffene Rechtsgut in sehr hohem Maße der freien Disposition des verletzten Rechtsgutinhabers untersteht, z.B. §§ 123, 185, 223, 230, 299, 303 (vgl. Maurach AT, S. 790). Daher soll die Strafe bei diesen Antragsdelikten insbesondere persönliche Interessen des Verletzten, wie beispielsweise das Rechtsgut des Hausfriedens verteidigen (Ingo Müller, S. 77; ähnlich Schultheisz, SchwZfStR 1949, S. 348). Will aber das Recht durch die Strafe hauptsächlich persönliche Interessen des Verletzten verteidigen, "so hat eine Strafe dann wenig Zweck, wenn der Verletzte durch Nichtstellung des Strafantrags zu verstehen gibt, dass ihm an einer Bestrafung des Täters nicht gelegen ist" (Ingo Müller, S. 79). Der Staat will also nur dann mit Strafe eingreifen, wenn der Verletzte selbst das Strafbedürfnis kundgetan hat, indem er durch Stellung des Strafantrags zu erkennen gegeben hat, dass er Wert auf die Verteidigung seiner persönlichen Interessen legt (Ingo Müller, S. 77; vgl. auch Schönke-Schröder § 61 Bem. I, 3). Stellt der Verletzte in diesen Fällen keinen Strafantrag, so ist kein Grund vorhanden, die durch diese Antragsdelikte geschützten persönlichen Interessen zu verteidigen. Da somit die Strafe ihre Interessenschützende Funktion nicht erfüllen könnte, ist sie kriminalpolitisch unzweckmässig. Daher ist der Strafantrag bei diesen Antragsdelikten seinem Wesen nach eine positiv gefasste objektive Strafbarkeitsbedingung, der jedoch aus den gleichen prozessualen Erwägungen wie beim Merkmal der Ehescheidung in § 172 I (vgl. oben S. 112 ff.) auch die Wirkung einer Prozessvoraussetzung einzuräumen ist; vgl. Ingo Müller, S. 80. Von diesen leichteren Antragsdelikten sind jedoch andere Antragsdelikte zu unterscheiden, bei denen es sich sämtlich um Straftaten "intimer Art" - §§ 182, 179, 172, 170, 236, 237 - handelt, deren öffentliche Verhandlung

die Strafe die zu beschützenden Interessen mehr verletzt als die rechtswidrig-schuldhaftige Handlung selbst oder das Inaussichtstellen der Strafflosigkeit ein wirksameres Schutzmittel als die Strafe ist ¹⁾. Sieht man das tatbestandsmässige Unrecht des § 143 allein in der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht, weil dadurch die Gefahr herbeigeführt wird, dass der Aufsichtsbefohlene "Straftaten" begeht und damit die von § 143 geschützte Gemeinschaftsordnung angreift, so kann die Strafe ihre interessenschützende Funktion auch dann erfüllen, wenn der Aufsichtsbefohlene keine "Straftat" begeht. Besteht die Unrechts-handlung des Aufsichtspflichtigen nur in der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht und stellt man damit, um die strafrechtlich geschützte Gemeinschaftsordnung in widestem Umfang zu schützen, bereits die Herbeiführung der Gefahr unter Strafe, dass der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung eine "Straftat" begeht, so ist es wegen des umfassenden Interessenschutzes geradezu geboten, jede Vernachlässigung der Aufsichtspflicht mit einer Strafe zu ahnden. Die Bestrafung der blossen Aufsichtspflichtverletzung ist dann auch nicht deshalb kriminalpolitisch unzweckmässig, weil durch die Strafe ein anderes, vom Recht höher bewertetes Rechtsgut gefährdet oder verletzt würde.

.. von dem Verletzten häufig als unangenehm empfunden werden kann. Bei diesen Antragsdelikten ist der Strafantrag des Verletzten Prozessvoraussetzung, da von ihm nicht die Zweckmässigkeit der Strafe, sondern die Zweckmässigkeit und damit Zulässigkeit des Strafverfahrens abhängt; vgl. Ingo Müller, S. 82.

- 1) Das Privileg der Straffreiheit des Täters beim Rücktritt von der versuchten oder vollendeten Tat - §§ 46, 204, 310 und (fakultativ) §§ 182, 158, 316 a II - lässt sich nur mit der kriminalpolitischen Erwägung rechtfertigen, dass in diesen Fällen das Inaussichtstellen der Strafflosigkeit ein wirksameres Schutzmittel als die Strafe ist; so: Schultheisz, SchwZfStR 1949, S. 349. Vgl. auch oben S. 99 Fn. 1).

Sieht man also die blossе Vernachlässigung der Aufsichtspflicht als das strafwürdige Unrecht des § 143 an, so ist es mit dem - positiv bestimmten - Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht zu vereinbaren, wenn man die Strafbarkeit ohne zwingenden kriminalpolitischen Grund einschränken und die durch die schuldhaft-rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung gerechtfertigte Strafe von einer "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen abhängig machen wollte. Da sich kein kriminalpolitischer Grund für die Strafeinschränkung finden liesse, bedeutete dies, dass die blossе Aufsichtspflichtverletzung die in § 143 angedrohte Strafe nicht rechtfertigt, so dass die zu weit gefasste Strafbarkeit ohne inneren Grund eingeengt werden muss. Denn will man bereits die Rechtsgutsgefährdung als strafwürdiges Unrecht pönalisieren, so kann man nicht auf der anderen Seite der Ansicht sein, die Strafe könne nur dann ihre interessen(rechtsguts)schützende Funktion erfüllen und sei daher nur dann kriminalpolitisch zweckmässig, wenn die rechtsgutsgefährdende Handlung zu einer Rechtsgutsverletzung geführt hat ¹⁾.

Besteht das tatbestandsmässige Unrecht des § 143 allein in der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht, so würde die Strafe, - wie sich aus dem Rechtsgut des § 143 ergibt -, ihre interessenschützende Funktion auch dann erfüllen, wenn die Aufsichtspflichtverletzung keine "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen zur Folge gehabt hat. Die infolge

1) Aus diesem Grunde kann m.E. auch die "Rauschtat" des § 330 a nicht als objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen werden. Besteht nämlich das tatbestandsmässige Unrecht des § 330 a allein in dem schuldhaften Sichberauschen, weil der Berauschte zu "Straftaten" neigt und der Vollrausch somit gefährlich ist, so ist nicht einzusehen, warum die Strafe nur dann kriminalpolitisch zweckmässig sein soll, wenn das gerade wegen seiner Gefährlichkeit als strafwürdiges Unrecht angesehene Sichberauschen zu einer "Straftat" des Berauschten geführt hat.

der nachlässigen Beaufsichtigung begangene "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen kann also nicht als eine objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen werden, da diese Merkmale als materiellrechtliche Strafbarkeitseinschränkungsgründe nur den Sinn haben, die durch die schuldhaft-rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung sittlich gerechtfertigte Strafe auch kriminalpolitisch zu rechtfertigen. Es ist vielmehr anzunehmen, dass sich das Unrecht des § 143 nicht in der blossen Vernachlässigung der Aufsichtspflicht erschöpft, sondern sich weitergehend daraus zusammensetzt, dass der Aufsichtspflichtige die ihm obliegende Aufsichtspflicht vernachlässigt und dadurch zu einer "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen beiträgt.

3. Einer solchen aus dem Rechtsgut des § 143 und dem Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen gewonnenen Auslegung könnte die geschichtliche Entwicklung des § 143 entgegenstehen. Aus ihr könnte sich nämlich ergeben, dass der Gesetzgeber diese Erwägungen ausser acht gelassen und die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen dennoch als eine objektive Strafbarkeitsbedingung ausgestaltet hat.

- a. Überblickt man die - im ersten Hauptteil dieser Arbeit dargestellte - geschichtliche Entwicklung, die schliesslich im Jahre 1940 zur Einführung eines allgemeinen Tatbestandes ¹⁾ geführt hat, so zeigt sich, dass diesem Tatbestand eine Reihe von Straftatbeständen vorausgingen, die aufsichtspflichtige Personen aus dem Gedanken nachlässiger Aufsichtsführung dafür verantwortlich machten, dass die ihrer Gewalt und Aufsicht unterstehenden Personen betteln oder Diebstähle oder andere näher bezeichnete Straftaten begehen (§ 361 Z. 4, 3. Altern., Z. 9 a.F. und die entsprechenden straf- und polizeistrafrechtlichen Bestimmungen des Landesrechts). Bei der Einführung dieser

1) § 4 JVO. Aus dieser Vorschrift ist § 139 b, aus diesem ist § 143 hervorgegangen. Vgl. S. 46, 48 f.

Straftatbestände ging der Gesetzgeber davon aus, dass die aufsichtspflichtigen Personen Kinder und Jugendliche oft unzureichend beaufsichtigen und dadurch in schuldhafter Weise dazu beitragen, dass diese Straftaten begehen. In dem der Gesetzgeber die aufsichtspflichtigen Personen strafrechtlich zur Verantwortung zog, wenn sie durch unzureichende Beaufsichtigung die Straftaten Aufsichtsbefohlener schuldhaft förderten, wollte er die Kriminalität der Kinder und Jugendlichen bekämpfen. Durch die Strafdrohung sollten die aufsichtspflichtigen Personen dazu angehalten werden, die ihrer Aufsicht unterstehenden Kinder und Jugendlichen aufmerksam zu überwachen und dadurch rechtsfeindlichen Antrieben entgegenzuwirken und drohende Unrechtshandlungen der Aufsichtsbefohlenen so weit wie möglich zu verhindern. Sinn und Zweck dieser Tatbestände war also, die Allgemeinheit vor Straftaten aufsichtsbedürftiger Kinder und Jugendlicher zu bewahren und damit die öffentliche Ordnung zu schützen.

Durch § 361 Z. 4, 3. Altern., Z. 9 a.F. wollte der Gesetzgeber auch diejenige fahrlässige oder vorsätzliche Beteiligung des Aufsichtspflichtigen an bestimmten Straftaten des Aufsichtsbefohlenen unter Strafe stellen, die von den allgemeinen Teilnahmevorschriften nicht erfasst wird und auch nach Täterschaftsgrundsätzen nicht bestraft werden kann. Damit wollte er zugleich die Lücken schliessen, die bei der Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme infolge von Beweisschwierigkeiten entstehen können. In vielen Fällen, in denen der Aufsichtspflichtige durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht schuldhaft dazu beiträgt, dass der Aufsichtsbefohlene bettet oder eine der in § 361 Z. 9 a.F. bezeichneten Straftaten begeht, kann er nämlich nach den allgemeinen Vorschriften über die Täterschaft und Teilnahme an fremder Straftat nicht bestraft werden. Die aufsichtspflichtigen Personen, die Kinder oder Jugendliche nicht gehörig beaufsichtigen, rechnen meist nicht damit, dass der Aufsichts-

befohlene infolgedessen eine dieser Straftaten begeht. Sie lassen daher die Straftat des Aufsichtsbefohlenen zumeist nicht vorsätzlich geschehen, sondern sie kümmern sich lediglich nicht genügend um den Aufsichtsbefohlenen und tragen so schuldhaft-fahrlässig dazu bei, dass der Aufsichtsbefohlene infolge der mangelhaften Überwachung eine Straftat begeht. Die allgemeinen Teilnahmevorschriften der §§ 48, 49 erfassen dieses fahrlässige Beitragen zur Tat des Aufsichtsbefohlenen nicht. Der Aufsichtspflichtige haftet auch nicht als fahrlässiger Nebentäter, da das Betteln ¹⁾ und die in § 361 Z. 9 a.F. bezeichneten Delikte nicht fahrlässig begangen werden können. Nach den allgemeinen Vorschriften ginge der Aufsichtspflichtige daher in diesen Fällen straffrei aus. Hinzu kommt noch, dass der Aufsichtspflichtige nach den allgemeinen Vorschriften auch dann nicht bestraft werden kann, wenn er den Aufsichtsbefohlenen vorsätzlich nicht von der Begehung einer Übertretung abhält, da § 49 I die Beihilfe zu einer Übertretung straflos lässt und eine solche "negative" Beihilfe auch nicht nach Täterschaftsgrundsätzen bestraft werden kann. Darüber hinaus bleibt der Aufsichtspflichtige auch in vielen Fällen wegen Beweisschwierigkeiten straffrei, wenn er vorsätzlich als Teilnehmer oder Mittäter an der Tat des Aufsichtsbefohlenen mitwirkt oder den Aufsichtsbefohlenen als schuldunfähiges Werkzeug zur Tatausführung benutzt, während er selbst als mittelbarer Täter im Hintergrund bleibt und nicht überführt werden kann. Das fahrlässige oder vorsätzliche Mitwirken des Aufsichtspflichtigen an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen kann in den genannten Fällen nach den allgemeinen Teilnahmevorschriften und Täterschaftsgrundsätzen nicht bestraft werden.

1) Vgl. Werner in LK II (8) § 361 Anm. IV, 9.

Da § 361 Z. 4, 3. Altern., Z. 9 a.F. auch diejenige schuldhaftige Beteiligung des Aufsichtspflichtigen an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen bestrafen, die von den allgemeinen Teilnahmevorschriften straflos gelassen wird, stellen diese Tatbestände besondere Teilnahmevorschriften dar. Die Beteiligung des Aufsichtspflichtigen an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen gehört also ebenso zum Unrecht dieser Tatbestände wie bei den allgemeinen Teilnahmetatbeständen. Das tatbestandsmäßige Unrecht dieser Vorschriften besteht somit nicht in der Aufsichtspflichtverletzung, sondern vielmehr darin, dass der Aufsichtspflichtige durch mangelhafte Überwachung des Aufsichtsbefohlenen schuldhaft-fahrlässig dazu beiträgt, dass dieser ein Straftat (z.B. Diebstahl, § 361 Z. 9 a.F.) begeht, oder dass der Aufsichtspflichtige den Aufsichtsbefohlenen unzureichend beaufsichtigt und dadurch vorsätzlich an einer von ihm begangenen Übertretung mitwirkt. Die Tatbestände des Reichsstrafgesetzbuchs und des Landesstrafrechts stellen daher nicht das blosse Vernachlässigen der Aufsichtspflicht unter Strafe. Sie knüpfen vielmehr die Strafdrohung daran, dass der Aufsichtspflichtige den Aufsichtsbefohlenen unzureichend beaufsichtigt und dadurch nicht von der Begehung bestimmter Straftaten abhält ¹⁾, oder dass der Aufsichtspflichtige durch Verletzung seiner Aufsichtspflicht nicht verhütet ²⁾ oder - wissentlich - zulässt ³⁾, dass der Aufsichtsbefohlene bestimmte Straftaten begeht. Diese Vorschriften verlangen, dass der Aufsichtspflichtige die Straftat des Aufsichtsbefohlenen schuldhaft nicht verhindert und damit schuldhaft zu ihrer Begehung beigetragen hat.

1) Vgl. Art. 21 Württ. PolStG v. 1839, § 341 Preuß. StGB v. 1851, Art. 89 Bayer. PolStGB v. 1861, § 66 Bad. PolStGB v. 1863, § 361 Z. 4, 3. Altern. u. § 361 Z. 9 a.F. RStGB.

2) Vgl. Art. 98 Hess. PolStG v. 1855.

3) Vgl. § 14 Sachsen-altenburgisches Holzdiebstahlges. v. 1870 (vgl. hierzu auch S. 20).

Auch diejenigen Vorschriften, die eine strafrechtliche Bürgschaftshaftung des Aufsichtspflichtigen für eine vom Aufsichtsbefohlenen verwirkte Geldstrafe anordnen, gehen von der widerlegbaren Vermutung aus, dass der Aufsichtspflichtige durch Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht schuldhaft die Straftat des Aufsichtsbefohlenen nicht verhindert hat ¹⁾. Ebenso wie § 361 Z. 4, 3. Altern. und Z. 9 a.F. bestrafen auch die ausserhalb des Reichsstrafgesetzbuchs geschaffenen Tatbestände das schuldhaft Nichtabhalten Aufsichtsbefohlener von der Zuwiderhandlung gegen bestimmte Verbote ²⁾. Die Entwürfe lassen die aufsichtspflichtigen Personen ebenfalls nicht für das blosser Vernachlässigen der Aufsichtspflicht haften. Soweit sie über die Regelung des damals geltenden Rechts (§ 361 Z. 4, 3. Altern., Z. 9 a.F.) hinausgehen und eine generelle Verantwortlichkeit aufsichtspflichtiger Personen für alle Straftaten Aufsichtsbefohlener fordern, lassen sie den Aufsichtspflichtigen für das Nichtabhalten des Aufsichtsbefohlenen von der Begehung einer Straftat haften ³⁾. Auch die unmittelbar vor der Einführung des § 4 JVO geschaffenen Tatbestände knüpfen die Strafandrohung daran, dass

-
- 1) Vgl. § 10 Preuß. HDG v. 1852, Preuß. FDG v. 1878, § 5 I Preuß. FFPG v. 1880 bzw. § 3 I Preuß. FFPG v. 1926; vgl. S. 9. Dagegen knüpfen Art. 288 Bayer.StGB v. 1861 und § 13 Sachsen-altenbg. HDG v. 1870 die strafrechtliche Bürgschaftshaftung des Aufsichtspflichtigen nicht an eine widerlegbare Schuldvermutung an, sondern verlangen eine positive Schuldfeststellung; vgl. S. 10. Demgegenüber sprechen die §§ 12 Preuß. FDG v. 1878, 5 II bzw. 3 II Preuß.FFPG v. 1880 bzw. 1926 aufgrund des vermuteten Verschuldens eine echte Strafe gegen den Aufsichtspflichtigen aus; vgl. S. 19 f.
 - 2) Vgl. §§ 6 II Vogelschutzges. v. 1908, 9 III Z. 4 Tierchutzges. v. 1933, 30 IV Naturschutzverordnung von 1936.
 - 3) Vgl. §§ 182 GE 1911, 276 E 1919.

der Aufsichtspflichtige einem Jugendlichen durch Verletzung der Aufsichtspflicht schuldhaft ermöglicht hat, bestimmten Verboten zuwiderzuhandeln ¹⁾.

Die Auffassung, dass § 143 den Aufsichtspflichtigen mit Strafe bedroht, weil er durch die Aufsichtspflichtverletzung schuldhaft die Straftat des Aufsichtsbefohlenen gefördert hat, ist also nicht neu. Ihr liegt vielmehr eine fortlaufende Entwicklung zugrunde.

b. § 4 JVO unterbricht jedoch diese Entwicklung.

Der Gesetzgeber des Jahres 1940 wollte die Kinder- und Jugendkriminalität durch § 4 JVO wirksamer als zuvor bekämpfen. Da die Kriminalität der Kinder und Jugendlichen nach Ausbruch des zweiten Weltkrieges zunahm, erschien es ihm notwendig, die aufsichtspflichtigen Personen in besonderem Maße haftbar zu machen und dadurch die verbrechensverhütende Wirkung des Tatbestandes im Vergleich zu den früheren Vorschriften zu verstärken. Entgegen der geschichtlichen Entwicklung sollte § 4 JVO nicht nur die schuldhafte Beteiligung des Aufsichtspflichtigen an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen erfassen, die von den allgemeinen Vorschriften straflos gelassen wurde. Der Gesetzgeber wollte § 4 JVO vielmehr zu einem umfassenden Auffangtatbestand ausgestalten, der den Aufsichtspflichtigen immer dann bestraft, wenn er den Aufsichtsbefohlenen nachlässig beaufsichtigt und dadurch eine Ursache dafür setzt, dass der Aufsichtsbefohlene eine "Straftat" begeht. Zwar fällt dem Aufsichtspflichtigen dann auch meistens Fahrlässigkeit hinsichtlich der "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen zur Last, so dass § 4 JVO im wesentlichen die durch Unterlassen der gehörigen Beaufsichtigung begangene ("negative"), fahrlässige Beteiligung an der Straftat des

1) Vgl. § 6 der PVO v. 24.10.1939, § 4 Ziff. 2 der PVO v. 29.11.1939, § 9 Abs. II Ziff. a der PVO v. 9.3. 1940.

Aufsichtsbefohlenen erfasste ¹⁾. § 4 JVO sollte jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers darüber hinausgehen und auch dann eingreifen, wenn sich die Schuld des Aufsichtspflichtigen auf die unzureichende Beaufsichtigung beschränkt und der Aufsichtsbefohlene infolge der mangelhaften Überwachung eine "Straftat" begeht, die er bei gehöriger Beaufsichtigung nicht begangen hätte. Mit der Schaffung des § 4 JVO wollte also der Gesetzgeber bewusst von den historischen Vorbildern abweichen und die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen als eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ausgestalten. Diesen Willen hat der Gesetzgeber dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er von der Fassung der früheren Tatbestände abwich und in § 4 JVO die für die objektiven Strafbarkeitsbedingungen charakteristische "Wenn"-Fassung verwendete ²⁾. Vergegenwärtigt man sich, dass die kurz vor Einführung des § 4 JVO erlassenen Polizeiverordnungen gleichartige Tatbestände enthielten, so muss angenommen werden, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 4 JVO von ihnen abweichen wollte und daher bewusst eine andere Fassung gewählt hat. So bildete sich dann auch in der Rechtswissenschaft für § 4 JVO einhellig die Ansicht ³⁾, dass die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte Straftat des Aufsichtsbefohlenen eine objektive Strafbarkeitsbedingung sei.

1) Vgl. Nagler, S. 18, 25; so auch Späth, S. 115 und Licht, S. 22,65 für den aus § 4 JVO hervorgegangenen § 139 b.

2) Vgl. Kreutzahler, S. 102, 103, nach dem diese Erwägungen, die der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 4 JVO anstellte, auch für § 143 noch Gültigkeit haben; so auch Licht, S. 20 für § 139 b.

3) Vgl. Gleispach, S. 87 f.; Rietzsch, S. 510 ff.; Nagler, S. 24; Bockelmann, DR 42, S. 787; Niederreuther, S. 116.

Auch der Gesetzgeber des § 139 b und des § 143 hat diese "Wenn"-Fassung des § 4 JVO übernommen. Es ist anzunehmen, dass er damit auch die Bedeutung übernehmen wollte, die dieser Fassung für die Auslegung des § 4 JVO allgemein beigemessen wurde. Hätte der Gesetzgeber eine andere Auslegung des § 139 b oder des § 143 gewollt, so wäre er sicherlich von der "Wenn"-Fassung des § 4 JVO abgewichen, da die Rechtswissenschaft dieser Fassung schon eine feste Bedeutung für die Auslegung dieser Vorschrift zuerkannt hatte.

- c. Die hier vertretene Auslegung des § 143 ist jedoch auch gegen den Willen des historischen Gesetzgebers möglich.

Für die Auslegung eines Gesetzes ist nicht allein der Wille des historischen Gesetzgebers entscheidend, sondern der im Auslegungszeitpunkt massgebliche "normative Sinn des Gesetzes" ¹⁾. Dieser dem Gesetz im Zeitpunkt der Auslegung innewohnende vernünftige Sinn wird jedoch nicht allein durch den Willen des Gesetzgebers als einer historischen Tatsache, sondern auch durch objektive, in der Sache gelegene Momente begründet ²⁾. Jeder Rechtssatz ist mit seiner Entstehung in das Gefüge der Gesamtrechtsordnung eingestellt und entwickelt sich mit dieser fort ³⁾.

1) Vgl. Larenz, S. 240; BVerfGE (2.Sen.) 1, 299 (312): "Massgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende o b j e k t i v e (Hervorhebung vom Verfasser) Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung". Ähnlich BGH (2. Strafsen.) in NJW 51,369 f. (369).

2) So: Larenz, S. 241.

3) Vgl. Larenz, a.a.O. Husserl spricht hier von der Zeitstruktur des Rechts (vgl. Larenz, S. 118 f.). Larenz folgert daraus, dass die Auslegung des Gesetzes ein ständiger Prozess ist. Da sich die Rechtsordnung fortentwickelt, ergebe sich immer wieder die Notwendigkeit, das Gesetz mit der gegenwärtigen Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Die Auslegung sei daher eine ständige Vermittlung des Gesetzes mit dem Gegenwartsbewusstsein. Vgl. Larenz, S. 119 f.

Im Rahmen des möglichen Wortsinns ¹⁾ muss ein Rechtssatz immer so ausgelegt werden, dass er mit dem Ganzen der Rechtsordnung vereinbar bleibt und Widersprüche zu den tragenden Prinzipien der Rechtsordnung vermieden werden ²⁾. Zeigt sich im Laufe der Zeit, dass ein Rechtssatz mit den objektiven Rechtsgedanken und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung nicht mehr zu vereinbaren ist, wenn man ihn nach dem Willen des historischen Gesetzgebers auslegt, so hat im Rahmen des möglichen Wortsinns eine Änderung der Auslegung zu erfolgen ³⁾. Auch wenn also der historische Gesetzgeber einen bestimmten Umstand als unrechts- und schuld-fremde Strafbarkeitsbedingung angesehen hat, kann die spätere Auslegung des gesetzlichen Tatbestandes gleichwohl ergehen, dass sich dieser Umstand im Laufe der Zeit zu einem unrechtserheblichen Tatbestandselement entwickelt hat, sofern eine solche Auslegung überhaupt mit dem möglichen Wortsinn des Gesetzes vereinbar ist.

aa. Danach kann der Wille des Gesetzgebers, nach dem die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen eine objektive Strafbarkeitsbedingung ist, für die Auslegung des § 143 heute nicht mehr massgebend sein. Nachdem die Strafrechtslehre die objektiven Strafbarkeitsbedingungen heute als Strafeinschränkungsgründe begreift, die einen zweiten, kriminalpolitischen Rechtfertigungsgrund der staatlichen Strafe darstellen und

1) Der mögliche Wortsinn bildet die Grenze der Auslegung. Eine Gesetzesanwendung, die sich mit dem möglichen Wortsinn des Gesetzes nicht vereinbaren lässt, stellt keine Auslegung, sondern Rechtsfortbildung dar. Vgl. Larenz, S. 243 f.; s. auch Stree, JUS 61, S. 51: "Der mögliche Wortsinn, d.h. die gesamten Bedeutungen, die der Sprachgebrauch überhaupt zulässt, bildet ... die äusserste Auslegungsgrenze".

2) Vgl. Larenz, S. 253 f.

3) Vgl. Larenz, S. 255 f., wo er den Schuld- und Sühnege-danken des Strafrechts ausdrücklich als ein solches wandelbares und für die Auslegung bestimmendes rechts-ethisches Prinzip bezeichnet.

lediglich die kriminalpolitische Zweckmässigkeit der durch die schuldhaft-rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung sittlich gerechtfertigten und in Art und Maß bestimmten Strafe begründen, kann die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen in § 143 nicht mehr als eine objektive Strafbarkeitsbedingung angesehen werden. Denn für eine solche Strafeinschränkung lässt sich, wenn man vom Rechtsgut des § 143 ausgeht, kein kriminalpolitischer Grund finden. Die Ansicht, die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen in § 143 sei eine objektive Strafbarkeitsbedingung, kann daher, - wie bereits ausgeführt wurde -, mit dem positiven Begriffsinhalt der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht vereinbart werden. Wenn auch der Gesetzgeber dies bei der Schaffung des § 143 (§§ 139 b, 4 JVO) ausser acht gelassen hat, so ist es jedoch heute nicht mehr möglich, § 143 weiterhin nach dem Willen des historischen Gesetzgebers auszulegen und die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen als eine objektive Strafbarkeitsbedingung aufzufassen. Denn auch der Strafgesetzgeber ist an den begrifflichen Inhalt der objektiven Strafbarkeitsbedingungen gebunden. Er kann nicht nach Belieben objektive Strafbarkeitsbedingungen aufstellen, sondern kann die Strafbarkeit einer schuldhaft-rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung nur dann durch eine objektive Strafbarkeitsbedingung einschränken, wenn die sittlich gerechtfertigte Vergeltungsstrafe ausnahmsweise kriminalpolitisch unzweckmässig und eine Einschränkung daher erforderlich ist, um eine kriminalpolitisch unzweckmässige Strafe zu verhüten ¹⁾. Überschreitet der Gesetzgeber diese Schranken und schafft er ohne inneren Grund eine objektive Strafbarkeitsbedingung, so muss sein Versehen, soweit dies möglich ist, im Wege der Auslegung berichtigt werden.

1) Vgl. oben S. 92.

bb. Im vorliegenden Fall kommt noch hinzu, dass durch das Strafrechtsbereinigungsgesetz ein positivrechtlicher Anhaltspunkt für einen Wandel in der Auslegung des § 143 in das materielle Strafrecht eingeführt wurde. Das Strafrechtsbereinigungsgesetz gestaltete die §§ 143 (damals: 139 b), 361 Z. 9 neu und glich sie in ihrem tatbestandsmässigen Aufbau einander an. Vergleicht man nun § 143 mit dem tatbestands-konstruktiv völlig gleichartigen § 361 Z. 9 ¹⁾, so wird deutlich, dass die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen heute nicht mehr als eine objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen werden kann.

Geht man einmal davon aus, dass die mit Strafe bedrohte Handlung, die das Kind oder der Jugendliche infolge der nachlässigen Beaufsichtigung durch den Aufsichtspflichtigen begangen hat, eine objektive Bedingung der Strafbarkeit ist, so stimmen die §§ 143, 361 Z. 9 in ihrem materiellen Unrechtsgehalt völlig überein. Da die objektiven Strafbarkeitsbedingungen materiellrechtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen sind, die das tatbestandlich typisierte Unrecht einer Tat nicht mitbestimmen und somit nichts zu ihrem materiellrechtlichen Unrechtsgehalt beitragen, besteht der materiellrechtliche Unrechtsgehalt der §§ 143, 361 Z. 9 lediglich in der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht. Vernachlässigt der Aufsichtspflichtige schuldhaft die ihm obliegende Aufsichtspflicht über Kinder und Jugendliche, so wird er nach § 143 I, 1 mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe von 5,-- bis 10.000,--DM (§ 27 II Ziff. 1) bestraft, wenn der Aufsichtsbefohlene infolgedessen eine mit Strafe bedrohte Verbrechen- oder Vergehenshandlung verübt. Begeht aber der Aufsichtsbefohlene infolge der schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung eine mit Strafe bedrohte Übertretungshandlung, so wird er gemäss §§ 361 Z. 9, 18, 27 II Ziff. 2 nur mit Haft bis zu

1) § 361 Z. 9 entspricht in seinem tatbestandsmässigen Aufbau völlig dem § 143. Vgl. Maurach BT (4), S. 401 und oben S. 49 Fn. 1.

6 Wochen oder mit Geldstrafe von 3,-- bis 500,--DM bestraft. Obwohl der Aufsichtspflichtige in beiden Fällen bei gleicher Schuld das gleiche Unrecht tut, drohen die §§ 143, 361 Z. 9 eine in Art und Höhe unterschiedliche Strafe an. Der Strafgesetzgeber hat demnach Art und Maß der schuldangemessenen Bestrafung der Aufsichtspflichtverletzung entscheidend davon abhängig gemacht, ob zu der schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung die objektive Strafbarkeitsbedingung der Begehung einer Verbrechens- oder Vergehenshandlung oder die objektive Strafbarkeitsbedingung der Begehung einer Übertretungshandlung hinzutritt. Solche objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, von deren Gegebensein Art und Maß der schuldangemessenen Strafe abhängt, sind jedoch mit dem Schulhaftungsprinzip nicht vereinbar.

Da die objektiven Strafbarkeitsbedingungen Art und Maß der schuldangemessenen Strafe nicht mitbestimmen dürfen, kann die "Straftat", die der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung begangen hat, keine objektive Strafbarkeitsbedingung der §§ 143, 361 Z. 9 sein. Die unterschiedliche Bestrafung der Aufsichtspflichtverletzung in den §§ 143, 361 Z. 9 lässt sich vielmehr nur damit rechtfertigen, dass der jeweilige Erfolg der Aufsichtspflichtverletzung wesentlicher Bestandteil des Unrechtstatbestandes ist. Der sozialetische Unwert der Tatbestandshandlung i.S. des § 143 liegt demnach darin, dass der Aufsichtspflichtige durch die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht zu einer Verbrechens- oder Vergehenshandlung des Aufsichtsbefohlenen beiträgt, während er in § 361 Z. 9 durch die Verletzung der Aufsichtspflicht nur die Begehung einer Übertretungshandlung ermöglicht. Der grössere oder geringere Erfolg der Aufsichtspflichtverletzung muss also als ein Umstand angesehen werden, der das sozialetische Unwerturteil in wesentlicher Weise mitbegründet und gerade den spezifischen Unrechtsgehalt des § 143 von dem des § 361 Z. 9 unterscheidet. Da die schuldhaft Vernachlässigung der Aufsichtspflicht in § 143 zur Folge hat, dass der Aufsichtsbefohlene ein "Verbrechen"

oder "Vergehen" begeht, stellt die Aufsichtspflichtverletzung ein grösseres Unrecht dar als im Fall des § 361 Z. 9 und verdient daher eine härtere als die in § 361 Z. 9 angedrohte Strafe. In § 361 Z. 9 hat die schuldhafte Vernachlässigung der Aufsichtspflicht demgegenüber nur^{zu} einer "Übertretung" des Aufsichtsbefohlenen geführt. In diesem Falle stellt daher die Aufsichtspflichtverletzung wegen ihres geringeren Erfolges auch ein geringeres Unrecht dar und ist deshalb weniger strafwürdig.

Es ist also mit dem System des geltenden materiellen Strafrechts nicht mehr vereinbar, § 143 weiterhin nach dem Willen des historischen Gesetzgebers auszulegen und die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen als objektive Strafbarkeitsbedingung der §§ 143, 361 Z. 9 anzusehen. Der normative Gesetzessinn erfordert vielmehr eine veränderte, dem System des geltenden Strafrechts angepasste Auslegung des § 143. Da der Gesetzgeber des § 143 (§§ 139 b, 4 JVO) die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen nur deshalb als objektive Strafbarkeitsbedingung ausgestaltet hat, um damit über die bisherige^{ge-}schichtliche Entwicklung hinauszugehen und die Strafbarkeit des Aufsichtspflichtigen noch weiter als bisher über die allgemeinen Vorschriften hinaus auszu dehnen, muss die Auslegung des § 143 im Rahmen des möglichen Wortsinns zu der bis 1940 fortlaufenden Entwicklung zurückkehren. Danach muss die durch gehörige Aufsicht abwendbare "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen als ein Tatbestandsmerkmal des § 143 angesehen werden. Eine solche Auslegung des § 143 ist auch mit dem möglichen Wortsinn der Vorschrift vereinbar ¹⁾.

1) Aus der "Wenn"-Fassung des § 143 folgt nicht zwingend, dass die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen eine objektive Strafbarkeitsbedingung sein muss. Denn die gleiche sprachliche Form dient im geltenden Strafrecht auch zur Bezeichnung von Tatbestandsmerkmalen, z.B. in den §§ 124, 125. Vgl. Bemmman, S. 40/41.

- 4.a. Die Ansicht, dass sich die Auslegung des § 143 im Laufe der Zeit durch die Fortbildung des Rechts gewandelt hat, wird auch dadurch gestützt, dass das künftige Strafrecht den § 143 eindeutig im Sinne dieser Auslegung ausgestaltet. § 199 E 1962 ¹⁾ ist ein unechtes Unterlassungsdelikt und bestraft die leichtfertig ²⁾ durch Unterlassen der gehörigen Beaufsichtigung geleistete Beihilfe zu einer Straftat des Aufsichtsbefohlenen.
- b. Für eine solche - gewandelte - Auslegung des § 143, nach der die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen als Tatbestandsmerkmal anzusehen ist, spricht auch, dass die Strafgesetzgebung des Auslandes die Aufsichtspflichtverletzung weitgehend zu einem unechten Unterlassungsdelikt ausgestaltet hat ³⁾.

1) § 199 E 1962 lautet:

"(1) Wer leichtfertig durch Verletzung der Pflicht zur Aufsicht über ein Kind oder einen Jugendlichen, für die ihm die Personensorge zusteht oder die seiner Erziehung anvertraut sind, dazu beiträgt, dass der Schutzbefohlene vorsätzlich eine rechtswidrige Tat begeht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

(2) Die Strafe darf nach Art und Maß nicht schwerer sein als die für die Tat des Schutzbefohlenen angedrohte Strafe.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt, wenn die Tat des Schutzbefohlenen nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgt werden könnte".

- 2) § 199 E 1962 lässt einfache Fahrlässigkeit nicht genügen, damit die Sorgfaltspflicht der Aufsichtsperson nicht überspannt wird. Vgl. Begr. zu § 199 E. 1962, S. 354.
- 3) So haben z.B. die Gesetzgeber der Bundesstaaten der USA das Delikt der "contributory delinquency" herausgearbeitet. Diese Tatbestände der "contributory delinquency" bedrohen Eltern, andere Erziehungsberechtigte und Aufsichtspersonen mit Strafe, die sich dadurch an den Straftaten jugendlicher Personen mitschuldig machen, dass sie diese zu einer Straftat bereden, veranlassen oder ihnen hierzu Gelegenheit bieten. Diese Tatbestände bestrafen also die Aufsichtspersonen, weil sie unmittelbar oder mittelbar zur Straffälligkeit Aufsichtsbefohlenen beigetragen haben. Die "contributory delinquency" entspricht somit § 143 und § 199 E 1962. Daneben kennen die nordamerikanischen Bundesstaaten das dem § 170 d

- c. Selbst die Vertreter der herrschenden Lehre, die den materiellrechtlichen Unrechtsgehalt des § 143 in der blossen Verletzung der Aufsichtspflicht erblicken, und die mithin die dadurch verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen als eine objektive Strafbarkeitsbedingung ansehen, gehen mitunter auch von der Vorstellung aus, dass die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen das Unrecht der

-
- .. entsprechende Delikt der "contributory dependency". Danach werden sorgspflichtige Personen bestraft, die schuldhaft ihre Fürsorgepflicht gegenüber Kindern und Jugendlichen vernachlässigen und diese notleiden lassen. Vgl. Späth, S. 166 f. Vgl. ferner Art. 17 des Polnischen Polizeistrafgesetzbuchs vom 11.7.1932 (zitiert nach Späth, S. 154):
- "Wer infolge Nichterfüllung seiner Pflichten gegenüber einem von ihm zu beaufsichtigenden Jugendlichen die Begehung von strafbaren Handlungen durch diesen ermöglicht, kann mit Haft bis zu einem Monat oder Geldstrafe bis zu 1000 Zloty bestraft werden".
- In neuerer Zeit ist in Griechenland ein als unechtes Unterlassungsdelikt ausgestalteter Aufsichtspflichtverletzungstatbestand geschaffen worden. Vgl. Art. 360 des griechischen Strafgesetzbuchs vom 17.8.1950 (zitiert nach Kreutzahler, Anhang):
- "(1) Wer, obwohl ihm die Fürsorgepflicht für einen Minderjährigen unter 17 Jahren obliegt, es unterlässt, diesen an der Verübung einer strafbaren Handlung zu hindern oder ihn von der Prostitution abzuhalten, wird, soweit er nicht nach einer anderen Vorschrift schwerer zu bestrafen ist, mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft.
- (2) Wer sich aus Fahrlässigkeit der in Absatz 1 bestimmten Unterlassungen schuldig macht, wird mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.
- (3) Die in Absatz 1 vorgesehene Strafe wird bis zu 2 Jahre und die in Absatz 2 vorgesehene auf Gefängnis bis zu 6 Monaten erhöht, wenn sich Eltern, Vormund oder Pfleger, deren besonderer Obhut nach Art. 122 der Jugendliche unterstellt ist, dieser Unterlassung schuldig machen.
- (4) Ist die von dem Jugendlichen begangene Tat eine Übertretung, so kann das Gericht von Strafe wegen der in Absatz 1 bis 3 angeführten Unterlassungen absehen".
- Vgl. im übrigen die Übersicht über die Strafgesetzgebung des Auslandes bei Späth, S. 129 - 182 und Kreutzahler, S. 124 - 139 (nebst dem Gesetzestexte enthaltenden Anhang).

Aufsichtspflichtverletzung mitbestimmt ¹⁾.

- 1) Vgl. Licht, S. 21: "In Bezug auf § 139 b kann gesagt werden, dass die Bedingung der Strafbarkeit, d.h. die Straftat des Aufsichtsbefohlenen, gerade diejenige Größe ist, die den Tatbestand in dem Maße als rechtswidrig erscheinen lässt, dass Strafe geboten ist". (Hervorhebung vom Verfasser). Auf S. 53 führt Licht weiter aus, dass die Aufsichtspflichtverletzung nur dann ein mit Strafe zu sühnendes Unrecht darstelle, wenn dadurch eine schwere, gemeinschädliche Folge herbeigeführt würde, und dass daher die nachlässige Beaufsichtigung nur bestraft werde, wenn der Aufsichtsbefohlene infolgedessen eine Straftat verübt habe. Auf S. 61 spricht Licht davon, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 139 b auch den nach aussen in Erscheinung getretenen sozial-schädlichen Erfolg mitberücksichtigt habe, der von Einfluss auf die Verwerflichkeit der Aufsichtspflichtverletzung sei. Späth, S. 120, weist darauf hin, dass "das Strafrecht heute gänzlich auf dem Boden der Schuldhaf-tung steht und die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht daher nicht unter dem Gedanken der tatsächlich erfolg-ten Vernachlässigung, sondern unter dem einer zwar durchaus möglichen, aber schuldhafterweise nicht erfolg-ten Verhinderung begangenen Unrechts bestraft wird". (Hervorhebung vom Verfasser). Vgl. auch Nagler, S. 24: "Die ... Unterlassung der gehörigen Beaufsichtigung kann ... vorsätzlich ... oder fahrlässig geschehen. Wer den Jugendlichen seine eigenen Wege gehen lässt oder trotz der Gefahr(en)lage nicht beobachtet, handelt mit Eventualvorsatz, wenn er auch einen kriminellen Ausgang in Kauf nimmt, sonst fahrlässig". Danach umfasst die Schuld des Aufsichtspflichtigen nicht nur die nachlässige Beaufsichtigung. Sie bezieht sich zwar nicht auf die konkrete Straftat, die der Aufsichtsbefohlene in-folge der Aufsichtspflichtverletzung begangen hat. Nagler verlangt aber, dass der Aufsichtsbefohlene vor-aussah oder zumindest voraussehen konnte, dass der Auf-sichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung irgendeine mit Strafe bedrohte Handlung begehen würde. Da sich die Schuld des Aufsichtspflichtigen auf das von ihm begangene Unrecht bezieht, muss nach dieser Ansicht der Unrechtsgehalt der Aufsichtspflichtverletzung darin bestehen, dass der Aufsichtspflichtige den Aufsichts-befohlenen nachlässigt beaufsichtigt hat und dieser da-durch straffällig geworden ist. Dies widerspricht jedoch der Auffassung Naglers (S. 21), dass sich der Unrechts-tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung "in der Unter-lassung der gebotenen Aufsichtstätigkeit erschöpfe". Vgl. auch Kreutzhaller, S. 104 Fn. 1), der darauf hin-weist, dass Nagler einerseits die Aufsichtspflichtver-letzung als ein echtes Unterlassungsdelikt ansieht, an-dererseits aber die Schuld des Aufsichtspflichtigen auf die "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen bezieht. Licht, S. 50, bemängelt, dass Nagler den Inhalt der von § 139 b vorausgesetzten Schuld falsch bestimme, da sich die Schuld des Aufsichtspflichtigen nur auf die Auf-sichtspflichtverletzung beziehe.

Auch dies spricht für die hier vertretene Auslegung des § 143. Denn eine solche Auffassung lässt sich nicht damit vereinbaren, dass die objektiven Strafbarkeitsbedingungen nach allgemeiner Meinung Merkmale sind, die für das Unrecht einer Tat völlig ohne Bedeutung sind. Es ist vielmehr der aus dem primären Rechtsgut des § 143 und dem Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen abgeleiteten Auslegung des § 143 zu folgen, nach der die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen zum Unrechtstatbestand des § 143 gehört. § 143 ist demnach ein unechtes Unterlassungsdelikt. Er beinhaltet eine Aufsichts- und eine Verbrechensverhinderungspflicht¹⁾ des Aufsichtspflichtigen und bestraft ihn, weil er es pflichtwidrig unterlassen hat, das Kind oder den Jugendlichen gehörig zu beaufsichtigen und dadurch "Straftaten" des Aufsichtsbefohlenen, so weit wie möglich, zu verhindern.

- d. Auch das sekundäre Rechtsgut des § 143 - Schutz der gesunden sittlich-rechtlichen Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen - spricht für eine solche Auslegung der Vorschrift. Vom sekundären Rechtsgut des § 143 her gesehen erscheint die Aufsichtspflichtverletzung deshalb als strafwürdiges Unrecht, weil der Aufsichtspflichtige durch die nachlässige Beaufsichtigung die normale sittlich-rechtliche Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen in Gefahr bringt. In seinem sekundären Schutzzweck stimmt § 143 mit § 170 d überein. Bei § 170 d hat der Strafgesetzgeber aber berücksichtigt, dass jeder Erziehungspflichtige einmal Fehler in der Erziehung von Kindern macht und die Verletzung der Erziehungspflicht daher nur dann ein strafwürdiges und damit tatbestandsmässiges Unrecht darstellt, wenn sie so schwerwiegend ist, dass das

1) Auch § 199 E 1962 beinhaltet eine solche Verbrechensverhinderungspflicht; vgl. die Begr. zu § 199 E 1962 (S. 353): "Es ist Aufgabe der aufsichtspflichtigen Person, die Allgemeinheit vor kriminellen Taten ihrer Schutzbefohlenen zu bewahren".

Kind dadurch der Gefahr einer sittlichen Verwahrlosung ausgesetzt wird. In gleicher Weise muss dann auch für § 143 davon ausgegangen werden, dass jeder Aufsichtsperson hin und wieder kleine Nachlässigkeiten in der Überwachung unterlaufen, die für sich allein kein strafrechtlich ahnenswertes Unrecht darstellen ¹⁾. Damit ist die Verletzung der Aufsichtspflicht nur dann als ein strafwürdiges Unrecht anzusehen, wenn sie dazu geführt hat, dass das Kind oder der Jugendliche eine mit Strafe bedrohte Unrechtshandlung begeht. Denn verübt der Aufsichtsbefohlene eine kriminelle Unrechtshandlung, so ist immer die Gefahr gegeben, dass seine charakterliche Entwicklung in falsche Bahnen gelenkt wird und er vom geraden Wege sittlich-rechtlich geordneter Lebensführung abgeleitet.

- 5.a. Der vergleichbare ²⁾ zivilrechtliche Haftungsstatbestand des § 832 BGB spricht nicht gegen die hier vertretene Auslegung des § 143.

Fügt ein aufsichtsbedürftiger Minderjähriger einem Dritten widerrechtlich einen Schaden zu, so vermutet das Gesetz, dass der Aufsichtspflichtige den Aufsichtsbefohlene in schuldhafter Weise nachlässig beaufsichtigt und dieser die schädigende Handlung infolgedessen vorgenommen hat, und verpflichtet daher ohne weiteres den kraft Gesetzes oder aufgrund Vertrages Aufsichtspflichtigen zum Schadensersatz. Von dieser Schadensersatzhaftung kann sich der Aufsichtspflichtige nur dadurch befreien, dass er diese gesetzliche Vermutung widerlegt und nachweist, dass er seiner Aufsichtspflicht genügt hat, oder dass der Schaden auch bei gehöriger Beaufsichtigung entstanden wäre ³⁾.

Die Tatsache, dass § 832 BGB die schuldhafte Vernachlässigung der Aufsichtspflicht widerlegbar vermutet und nicht

1) Vgl. Begr. zu § 199 E 1962, S. 353: "Die Verletzung der Aufsichtspflicht kann für sich allein nicht als strafwürdiges Unrecht bezeichnet werden".

2) Vgl. oben S. 80 f., S. 81 Fn. 2.

3) Vgl. oben S. 80 Fn. 1.

positiv ein Verschulden des Aufsichtspflichtigen voraussetzt, kann nicht gegen die hier vertretene Auslegung des § 143 sprechen. Denn der Gesetzgeber knüpft die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung oftmals an geringere Voraussetzungen als die strafrechtliche Haftung ¹⁾.

Gegen die in dieser Arbeit vorgenommene Auslegung des § 143 kann aber auch nicht eingewendet werden, dass § 832 BGB nur die schuldhaftes Aufsichtspflichtverletzung und ihre Kausalität für die Schädigungshandlung des Aufsichtsbefohlenen vermutet und es für den Eintritt der Schadensersatzhaftung gleichgültig ist, ob dem Aufsichtspflichtigen auch ein - vermutetes - Verschulden hinsichtlich der widerrechtlichen Schadenszufügung zur Last fällt. Dass § 832 BGB das - vermutete - Verschulden nur auf die Aufsichtspflichtverletzung erstreckt, während nach § 143 die - positiv festzustellende - Fahrlässigkeitsschuld des Aufsichtspflichtigen die Aufsichtspflichtverletzung und die dadurch verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen umfasst, findet seine Erklärung in der Verschiedenheit des zivil- und strafrechtlichen Fahrlässigkeitsurteils. Während das Zivilrecht von einem lediglich handlungsbezogenen Fahrlässigkeitsurteil ausgeht, ist die strafrechtliche Fahrlässigkeit handlungs- und erfolgsbezogen ²⁾. Da jede Ausserachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt abstrakt mit einer Gefahr verbunden und darum vom Standpunkt des Rechtsgüterschutzes an und für sich unerträglich ist, ist die zivilrechtliche Fahrlässigkeitshaftung gegeben, wenn der Täter bei seinem Handeln die verkehrserforderliche Sorgfalt nicht einhält und ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen seinem Handeln und dem eingetretenen deliktischen Erfolg besteht. Im Zivilrecht ist eine Handlung oder Unterlassung schon dann fahrlässig, wenn sie an

1) So ist z.B. nach § 823 I BGB für jede fahrlässige Verletzung fremden Eigentums Schadensersatz zu leisten, während die Eigentumsdelikte des StGB (§§ 303, 242, 246) vorsätzliches Handeln voraussetzen.

2) Vgl. hierzu Lampe, ZStW 71, S. 590 f., 593.

sich für die Rechtsgüter anderer gefährlich ist und einen deliktischen Erfolg vorhersehbar in den Bereich des Möglichen rückt, unabhängig davon, ob der Täter den konkreten Erfolg auch vorhersehen und durch Andershandeln vermeiden konnte. Die zivilrechtliche Fahrlässigkeit bezeichnet somit nichts anderes als die Eigenschaft der Handlung, vorhersehbare deliktische Erfolge herbeiführen zu können. Wenn der Gesetzgeber von der Vermutung ausgeht, der Aufsichtspflichtige habe seiner Aufsichtspflicht nicht genügt ¹⁾, so wird damit auch ein fahrlässiges Verschulden des Aufsichtspflichtigen hinsichtlich der widerrechtlichen Schadenszufügung durch den Aufsichtsbefohlenen vermutet. Dies ergibt sich daraus, dass sich die zivilrechtliche Verantwortlichkeit nach § 276 I, 2 BGB in einer schlichten Sorgfaltsverletzung erschöpft und eine mangelhafte Beaufsichtigung aufsichtsbedürftiger Minderjähriger generell geeignet ist, zu unerlaubten Handlungen des Aufsichtsbefohlenen zu führen. Demgegenüber muss die strafrechtliche Fahrlässigkeit gerade im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg bestehen. Im Strafrecht kann also der Schuldvorwurf fahrlässigen Handelns nur erhoben werden, wenn der bestimmte deliktische Erfolg einer Handlung objektiv vorhersehbar war und der Täter auch nach seinen persönlichen Fähigkeiten dazu imstande war, den konkreten Erfolg seiner Handlung zu erkennen.

- b. Auch aus der Strafdrohung des § 143 lassen sich keine Schlüsse gegen die hier vertretene Auslegung dieser Vorschrift ziehen.

Aus der von § 139 b angedrohten Strafe folgert jedoch Licht ²⁾, dass die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte Straftat des Aufsichtsbefohlenen kein Tatbestandsmerkmal des § 139 b sein kann. Da der gesetzliche Strafraum des § 139 b nicht nach Art und Schwere der

1) Diese Vermutung kann durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden (§ 832 I, 2 BGB).

2) Vgl. Licht, S. 21, 18.

Straftat des Aufsichtsbefohlenen verschieden bemessen sei und § 139 b somit für alle Aufsichtspflichtverletzungen die gleiche Strafe androhe, sei die Bestrafung der Aufsichtspflichtverletzung völlig unabhängig von Art und Schwere der vom Aufsichtsbefohlenen verübten Tat. Daraus ergebe sich, dass allein die schuldhaftige Aufsichtspflichtverletzung die Strafdrohung rechtfertige und die Straftat des Aufsichtsbefohlenen nur der äussere Anlass für die strafrechtliche Ahndung der Aufsichtspflichtverletzung sei.

Für § 143 schlägt dieser Einwand Lichts jedoch nicht durch. Aus der Tatsache, dass die Strafdrohung des § 143 nicht nach Art und Schwere der Straftat des Aufsichtsbefohlenen gestaffelt ist, kann nicht geschlossen werden, dass § 143 die Aufsichtspflichtverletzung völlig unabhängig von Art und Schwere der Straftat des Aufsichtsbefohlenen bestraft. Begeht der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung eine "Übertretung", so bestraft der Gesetzgeber die Aufsichtspflichtverletzung nach § 361 Z. 9 milder, als wenn der Aufsichtsbefohlene infolgedessen eine als Verbrechen oder Vergehen zu qualifizierende "Straftat" begeht (§ 143). Bei der Schaffung der §§ 143, 361 Z. 9 ist der Gesetzgeber demnach von der Erwägung ausgegangen, dass die für die Aufsichtspflichtverletzung anzudrohende Strafe von der Straftat mitbestimmt wird, die der Aufsichtsbefohlene infolgedessen begeht. Wenn der Gesetzgeber auch den Strafraumen des § 143 nicht nach Art und Schwere der vom Aufsichtsbefohlenen begangenen Straftat unterschiedlich bemessen hat, so hat er der Erwägung, dass die Strafe der Aufsichtspflichtverletzung auch von der konkreten Tat des Aufsichtsbefohlenen abhängt, doch dadurch Rechnung getragen, dass er in § 143 einen weiten Strafraumen - Gefängnis von 1 Tag bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe von 5,-- bis 10.000,--DM - für die Aufsichtspflichtverletzung festgesetzt hat.

Die von § 143 angedrohte Strafe spricht im Gegenteil gegen die von Licht vertretene Ansicht. Die Strafdrohung spiegelt

den Unrechtsgehalt der Tat wieder, so dass aus der Schwere der Strafdrohung Rückschlüsse auf den Inhalt des ihr zugrundeliegenden Verbots gezogen werden können ¹⁾. § 139 b drohte als Höchststrafe der Aufsichtspflichtverletzung 6 Monate Gefängnis an. Licht ²⁾ verlangte eine Herabsetzung der Höchststrafe auf 3 Monate Gefängnis, da der materielle Unrechtsgehalt der blossen Aufsichtspflichtverletzung in 3 Monaten Gefängnis als der schwersten Strafe hinreichende Anerkennung finde. In den Fällen eines höhere Strafe verlangenden Verhaltens des Aufsichtspflichtigen handele es sich um eine schuldhaft und strafbare Mitwirkung an der Tat des Aufsichtsbefohlenen, bei der § 139 b ohnedies ausscheide. Auch auf der Wiesbadener Juristentagung vom 3. - 6.12.1946 wurde in einer Entschliessung die Forderung erhoben ³⁾, die Höchststrafe des § 139 b auf 3 Monate Gefängnis herabzusetzen. Der Gesetzgeber des Strafrechtsbereinigungsgesetzes hat aber dieser Kritik nicht entsprochen, sondern hat in § 143 als Höchststrafe für die Aufsichtspflichtverletzung 1 Jahr Gefängnis festgesetzt. Der Unrechtsgehalt der blossen Vernachlässigung der Aufsichtspflicht kann jedoch nicht so hoch veranschlagt werden. Dies zeigt sich darin, dass der Gesetzgeber in § 361 Z. 9 die Strafe für die Aufsichtspflichtverletzung auf höchstens 6 Wochen Haft bemessen hat, wenn die Aufsichtspflichtverletzung lediglich zu einer Übertretung des Aufsichtsbefohlenen geführt hat. Ausschlaggebend für die nach § 143 wesentlich höhere Bestrafung der Aufsichtspflichtverletzung ist somit, dass durch sie ein Verbrechen oder Vergehen des Aufsichtsbefohlenen herbeigeführt wurde. Da aber die objektiven Strafbarkeitsbedingungen Art und Höhe der Strafe nicht mitbestimmen dürfen, kann die mit Strafe bedrohte Verbrechen- oder Vergehenshandlung, die der Aufsichtsbefohlene

1) So Stratenwerth, S. 570; vgl. auch Schmidhäuser in ZStW 71, 564, nach dem der Strafraum nur auf die unrechte und schuldhaft Tat bezogen sein darf.

2) Licht, S. 79.

3) Vgl. oben S. 48 Fn. 1.

infolge der Aufsichtspflichtverletzung begangen hat, nur ein unrechtserhebliches Tatbestandsmerkmal sein.

Der hier vertretenen Auslegung des § 143 ist also der Vorzug zu geben. Die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen stellt daher ein Tatbestandsmerkmal dar. Somit gehört zum Unrechts- tatbestand des § 143, dass der Aufsichtspflichtige durch die Aufsichtspflichtverletzung eine bestimmte als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohte Handlung des Aufsichtsbefohlenen herbeigeführt hat. Darauf muss sich die Schuld des Aufsichtspflichtigen beziehen ¹⁾.

-
- 1) § 143 trifft aber nicht nur die fahrlässige Beteiligung an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen. Vielmehr muss § 143 auch dann erfüllt sein, wenn der Aufsichtspflichtige die Aufsichtspflicht vorsätzlich vernachlässigt und dadurch vorsätzlich bewirkt, dass der Aufsichtsbefohlene ein "Verbrechen" oder "Vergehen" begeht. Zwar ist dann in jedem Falle auch eine strafbare Teilnahme an der Tat des Aufsichtsbefohlenen gegeben, so dass der Aufsichtspflichtige wegen der absoluten Subsidiarität des § 143 nicht aus dieser Vorschrift bestraft wird. Da aber der Tatbestand des § 361 Z. 9 auch dann erfüllt ist, wenn der Aufsichtspflichtige durch die Aufsichtspflichtverletzung vorsätzlich die Begehung einer "Übertretung" gefördert hat, - andernfalls würde der Aufsichtspflichtige bestraft, wenn er fahrlässig zu der Übertretung beigetragen hat, bliebe aber straflos, wenn er mehr getan hat und Gehilfe war, - muss dies auch für § 143 gelten. Denn für eine Differenzierung dieser in ihrem tatbestandsmässigen Aufbau gleichartigen Bestimmungen findet sich im Gesetz keine Stütze. Vgl. Pauli in NJW 60, 2230. Der E 1962 kennt keine Übertretungstatbestände mehr und lässt § 361 Z. 9 ersatzlos wegfallen. Es war daher nicht nötig, wegen einer dem § 361 Z. 9 entsprechenden Vorschrift auch die vorsätzliche Beteiligung des Aufsichtspflichtigen an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen in den Tatbestand des § 199 E 1962 einzubeziehen. Da § 143 die fahrlässige oder vorsätzliche Teilnahme des Aufsichtspflichtigen an einer vom Aufsichtsbefohlenen begangenen Straftat erfasst, kommt § 143 ebenso wie die allgemeinen Vorschriften über die Teilnahme an fremder Straftat (vgl. BGHSt 9, 370 ff.) nur dann zur Anwendung, wenn der Aufsichtsbefohlene eine Vorsatzstrafat begangen hat. Diejenigen, die die Straftat des Aufsichtsbefohlenen als objektive Strafbarkeitsbedingung des § 143 ansehen, vertreten zum Teil die Ansicht, auch eine Fahrlässigkeitstat des Aufsichtsbefohlenen reiche aus, um die Strafbarkeit des Aufsichts-

D. Stellungnahme zu abweichenden Ansichten der Rechtslehre.

Gegen die herrschende Meinung, die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte "Straftat" des Aufsichtsbefohlenen sei eine objektive Strafbarkeitsbedingung des § 143, sind auch in der Rechtslehre Bedenken erhoben worden. Den Versuchen der Rechtslehre, "das Schuldprinzip durch einschränkende Auslegung des § 143 zu wahren" ¹⁾, kann jedoch nicht gefolgt werden, so dass auch ihnen gegenüber an der hier vertretenen Auslegung des § 143 festzuhalten ist.

-
- .. pflichtigen auszulösen. Vgl. Niederreuther, S. 117; Kreutzhaller, S. 102, 105; Nagler, S. 25 a.E.; Licht, S. 64/65. Nach der hier vertretenen Ansicht muss die Straftat des Aufsichtsbefohlenen von der Schuld des Aufsichtspflichtigen umfasst sein. Begeht der Aufsichtsbefohlene eine Fahrlässigkeitsstraftat, so müsste sich die Schuld des Aufsichtspflichtigen darauf beziehen, dass der Aufsichtsbefohlene infolge der nachlässigen Beaufsichtigung einen bestimmten strafrechtlich missbilligten Erfolg herbeigeführt hat. Fällt dem Aufsichtspflichtigen eine dahingehende Fahrlässigkeit zur Last, so liegt fahrlässige Nebentäterschaft des Aufsichtspflichtigen vor, und er ist wegen fahrlässiger Begehung der Tat des Aufsichtsbefohlenen zu bestrafen. Trägt er aber vorsätzlich zur fahrlässigen Tat des Aufsichtsbefohlenen bei, so hat er den vom Aufsichtsbefohlenen fahrlässig verursachten Erfolg vorsätzlich als mittelbarer Täter herbeigeführt und ist dementsprechend zu bestrafen. Da der Aufsichtspflichtige also als Täter haftet, wenn er durch die Aufsichtspflichtverletzung schuldhaft zu einer Fahrlässigkeitstat des Aufsichtsbefohlenen beiträgt, und § 143 wegen seiner absoluten Subsidiarität in jedem Falle zurücktreten müsste, erfasst diese Vorschrift nur die schuldhafte Beteiligung des Aufsichtspflichtigen an einer Vorsatzstraftat des Aufsichtsbefohlenen. § 199 E 1962 bestraft ebenfalls nur die schuldhafte Beteiligung des Aufsichtspflichtigen an einer Vorsatzstraftat des Aufsichtsbefohlenen. Da die vorsätzliche Beteiligung an der Straftat des Aufsichtsbefohlenen nicht mehr unter § 199 E 1962 fällt, ist diese Vorschrift konsequent als eine grobfahrlässig (leichtfertig) durch Verletzung der Aufsichtspflicht geleistete Beihilfe zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat des Aufsichtsbefohlenen ausgestaltet; vgl. Begr. zu § 199 E 1962, S. 353.

1) Vgl. Welzel, S. 386.

1. Eine in der Rechtslehre vertretene Ansicht ¹⁾ sieht das Wesen des § 143 in einer durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht hervorgerufenen Jugendgefährdung. Unbeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 143 sei, dass die schuldhaft Vernachlässigung der Aufsichtspflicht zu einer kriminellen Verwahrlosung oder wenigstens zu einer kriminellen Gefährdung des mangelhaft beaufsichtigten Kindes oder Jugendlichen geführt habe. Der Aufsichtspflichtige müsse die kriminelle Verwahrlosung oder Gefährdung des Aufsichtsbefohlenen vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt haben. § 143 verlange also, dass der Aufsichtspflichtige entweder vorausgesehen hat, dass durch das Unterlassen der gehörigen Beaufsichtigung eine kriminelle Verwahrlosung oder Gefährdung des Aufsichtsbefohlenen eintritt, oder aber hätte voraussehen können, dass die schuldhaft Aufsichtspflichtverletzung zu einer kriminellen Verwahrlosung oder Gefährdung des Aufsichtsbefohlenen führen werde. Die durch die Aufsichtspflichtverletzung verursachte Straftat des Aufsichtsbefohlenen sei lediglich das objektive gesetzliche Anzeichen für seine kriminelle Verwahrlosung oder Gefährdung.

Der Anerkennung dieser Ansicht stehen jedoch die folgenden Erwägungen entgegen.

Entscheidend gegen diese Ansicht spricht, dass das Wesen des § 143 nicht in der Herbeiführung einer kriminellen Verwahrlosung oder Gefährdung des Aufsichtsbefohlenen besteht. Das dominante und für die Auslegung des § 143 ausschlaggebende Rechtsgut des § 143 ist vielmehr das Interesse der Allgemeinheit an der Wahrung und Aufrechterhaltung der strafrechtlich geschützten Gemeinschaftsordnung ²⁾. Dient aber § 143 in erster Linie dem Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten von Kindern und Jugendlichen, so kann die Herbeiführung einer kriminellen Verwahrlosung bzw. der Gefahr einer kriminellen Verwahrlosung des Aufsichtsbefoh-

1) So: Welzel, a.a.O.; Maurach BT (4), S. 401; Becker in NJW 52, 1038.

2) Vgl. oben S. 84.

lenen nicht als das Wesen des Delikts angesehen und durch Auslegung in den Unrechtstatbestand des § 143 eingeführt werden.

Da § 143 nach dieser - vorwiegend von Welzel vertretenen - Ansicht in seinem Schutzzweck mit § 170 d übereinstimmt - Schutz der persönlichen Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen -, lässt sich auch keine befriedigende Abgrenzung mehr zu § 170 d finden. § 170 d bestraft denjenigen, der seine Fürsorge- und Erziehungspflichten gegenüber einem Kind in gewissenloser Weise gröblich vernachlässigt und das Kind dadurch in die Gefahr sittlich-rechtlicher Verwahrlosung bringt ¹⁾. § 143 bestraft nach dieser Ansicht denjenigen, der durch schuldhaftes Vernachlässigen seiner Aufsichtspflicht über ein Kind oder einen Jugendlichen eine kriminelle Verwahrlosung des Aufsichtsbefohlenen herbeiführt oder ihn der Gefahr einer kriminellen Verwahrlosung aussetzt. Da die kriminelle Verwahrlosung nur eine besonders starke Form der sittlich-rechtlichen Verwahrlosung darstellt, ist in vielen Fällen des § 143 zugleich auch § 170 d erfüllt.

Nach dieser Ansicht muss sich der Tatbestandsvorsatz oder die schuldhaftes Fahrlässigkeit des Aufsichtspflichtigen auf eine bereits eingetretene oder drohende kriminelle Verwahrlosung des Aufsichtsbefohlenen beziehen. Verlangt man aber, dass sich z.B. die Fahrlässigkeitsschuld des Aufsichtspflichtigen nicht auf die Straftat des Aufsichtsbefohlenen, sondern darauf beziehen muss, dass der Aufsichtsbefohlene durch die Aufsichtspflichtverletzung in die Gefahr einer kriminellen Verwahrlosung, d.h. eines Abgleitens in die Kriminalität, gerät, so schränkt man § 143 entgegen seinem Sinn und Zweck ein. Denn § 143 will nicht nur die Gefahr einer chronischen Kinder- und Jugendkriminalität abwehren ²⁾, sondern überhaupt verhindern,

1) Vgl. Maurach BT (4), S. 399; Kreutzhaller, S. 86; Isenmeyer, S. 22, 25, 29; Luther in NJW 54, 493; BGHSt 3, 256 (258).

2) Vgl. Schönke-Schröder 143 Anm. II; Kohlrausch-Lange (43), § 143 Anm. III a.E.

dass aufsichtsbedürftige Kinder und Jugendliche Unrecht tun. § 143 will die Allgemeinheit auch vor einer einmaligen Entgleisung eines Aufsichtsbedürftigen schützen, die dieser aus jugendlichem Übermut oder jugendlicher Verirrung begangen und aus der er eine solche Lehre gezogen hat, dass ein weiteres Straffälligwerden des Aufsichtsbefohlenen nicht zu befürchten ist.

Schützt § 143 die gesunde sittlich-rechtliche Persönlichkeitsentwicklung des Kindes oder Jugendlichen, so ist es vom Schutzzweck der Vorschrift her nicht einzusehen, warum die durch die Aufsichtspflichtverletzung drohende kriminelle Verwahrlosung des Aufsichtsbefohlenen nur dann strafbar sein soll, wenn sie durch eine Straftat des Aufsichtsbefohlenen indiziert wird. Denn eine drohende kriminelle Verwahrlosung eines Kindes oder Jugendlichen kann auch durch andere Umstände ausgewiesen werden. Der Begriff der kriminellen Verwahrlosung bezieht sich auf das charakterlich-sittliche Gefüge des Kindes oder Jugendlichen. Dieses kann aber auch dann völlig zerrüttet sein, wenn der Aufsichtsbefohlene noch keine strafbare Handlung begangen hat. Auch derjenige Jugendliche, der durch die Aufsichtspflichtverletzung in schlechte Gesellschaft kommt und charakterlich so weit verbildet wird, dass seine sittlich-rechtlichen Hemmungen wegfallen und in ihm die Bereitschaft erweckt wird, gegebenenfalls strafbare Handlungen zu begehen, befindet sich in der Gefahr der kriminellen Verwahrlosung. Eine kriminelle Verwahrlosung eines Kindes oder Jugendlichen droht also nicht erst dann, wenn sie sich bereits in einer Straftat des Aufsichtsbefohlenen ausgewirkt hat. Da aber § 143 ausdrücklich bestimmt, dass die Aufsichtspflichtverletzung nur strafbar sein soll, wenn sie zu einer Straftat des Aufsichtsbefohlenen geführt hat, ist anzunehmen, dass Welzel, Maurach und Becker die Straftat des Aufsichtsbefohlenen als das alleinige Indiz für die ihm drohende kriminelle Verwahrlosung ansehen.

Vergleicht man schliesslich § 143 mit § 361 Z. 9, so zeigt sich, dass eine Handlung des Aufsichtsbefohlenen mit Verbrechens- oder Vergehenscharakter die Verwahrlosung i.S. des § 143 indiziert, während die Verwahrlosung i.S. des § 361 Z. 9 durch eine Übertretung des Aufsichtsbefohlenen angezeigt wird. Da sich die kriminelle Verwahrlosung i.S. des § 143 in einer Verbrechens- oder Vergehenshandlung des Aufsichtsbefohlenen ausgewirkt hat, während sich die kriminelle Verwahrlosung i.S. des § 361 Z. 9 nur in einer Übertretung des Aufsichtsbefohlenen äussert, muss die kriminelle Verwahrlosung i.S. des § 143 intensiver sein als die des § 361 Z. 9. Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Aufsichtsbefohlenen müssen sich auch auf den Grad der eingetretenen oder drohenden kriminellen Verwahrlosung des Aufsichtsbefohlenen beziehen. Begeht der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung ein Verbrechen oder Vergehen, so kann der Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit gegen den Aufsichtspflichtigen nur erhoben werden, wenn er hätte voraussehen können, dass er den Aufsichtsbefohlenen durch die Vernachlässigung der Aufsichtspflicht der Gefahr einer hochgradigen kriminellen Verwahrlosung i.S. des § 143 aussetzt. Da aber der Unrechtscharakter der vom Aufsichtsbefohlenen begangenen Straftat das alleinige Indiz für den Grad seiner kriminellen Verwahrlosung darstellt, und die kriminelle Verwahrlosung i.S. des § 143 allein durch die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens gekennzeichnet wird, fragt es sich, ob sich die Fahrlässigkeit des Aufsichtspflichtigen nicht darauf beziehen müsste, dass der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung irgend ein Verbrechen oder Vergehen begeht.

2. Richard Lange ¹⁾ fasst zwar die mit Strafe bedrohte Handlung, die der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung begeht, als objektive Strafbarkeitsbedingung der §§ 143, 361 Z. 9 auf. Der Unrechtsgehalt des Delikts der Aufsichtspflichtverletzung erschöpfe sich aber

1) Vgl. Kohlrausch-Lange (43), § 143 Anm. III.

nicht in dem blossen Vernachlässigen der Aufsichtspflicht. Er bestehe vielmehr darin, dass der Aufsichtspflichtige durch die Aufsichtspflichtverletzung die Straffälligkeit des Aufsichtsbefohlenen herbeiführe. Tatbestandsvorsatz oder Fahrlässigkeit des Aufsichtsbefohlenen müssten sich darauf beziehen. Der Aufsichtspflichtige habe sich also nur dann einer Aufsichtspflichtverletzung schuldig gemacht, wenn er zumindest hätte voraussehen können, dass der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung irgend eine Unrechtshandlung begehen könnte. Vorsatz oder Fahrlässigkeit bezögen sich demnach nicht auf eine konkrete Straftat des Aufsichtsbefohlenen, sondern - wie bei § 330 a ¹⁾ - ganz allgemein darauf, dass der Aufsichtsbefohlene strafbare Handlungen irgendwelcher Art begehen könnte. Lügen diese Voraussetzungen vor, so habe der Aufsichtspflichtige eine Aufsichtspflichtverletzung i.S. der §§ 143, 361 Z. 9 begangen. Die Strafbarkeit dieser Aufsichtspflichtverletzung sei aber von dem Hinzutreten der objektiven Strafbarkeitsbedingung abhängig, dass der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung tatsächlich irgendeine mit Strafe bedrohte Handlung begangen habe. Habe er eine Verbrechen- oder Vergehenshandlung verübt, so sei die Aufsichtspflichtverletzung nach § 143 strafbar. Habe er eine Übertretung begangen, so werde die Aufsichtspflichtverletzung nach § 361 Z. 9 bestraft ²⁾.

1) Vgl. Kohlrausch-Lange (43) § 330 a Anm. V 2.

2) Diese Ansicht vertreten: Lange in Kohlrausch-Lange (43) § 143 Anm. III, § 361 Anm. IX; Fritz in Niederschriften (V) S. 101 f. Nach ihm ist die Straftat des Aufsichtsbefohlenen in § 143 eine objektive Strafbarkeitsbedingung, die nach der Tathandlung eintritt und durch diese verursacht ist. Auf S. 102 führt Fritz weiter aus: "Hier (für § 143) muss man mindestens eine allgemeine Voraussehbarkeit in dem Sinne verlangen, dass der Aufsichtspflichtige damit rechnen konnte, der zu Beaufsichtigende könne irgend etwas Strafbares begehen". Auch Nagler hat für § 4 JVO die Straftat des Aufsichtsbefohlenen als objektive Strafbarkeitsbedingung angesehen und Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Aufsichtspflichtigen darauf bezogen, dass der Aufsichtsbefohlene infolge der Aufsichtspflichtverletzung irgendeine Straftat begehen könnte; vgl. oben S. 139 Fn. 1.

Auch nach dieser Ansicht hängen Art und Höhe der Strafe davon ab, welche Strafbarkeitsbedingung zu der schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung hinzutritt. Dies ist mit dem Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht vereinbar. Soll dieser Widerspruch zu dem Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingungen vermieden werden, so müssten die Vertreter dieser Ansicht den schuldumfassenden Unrechtstatbestand des § 143 darin erblicken, dass der Aufsichtspflichtige durch die Aufsichtspflichtverletzung irgend eine Verbrechens- oder Vergehenshandlung des Aufsichtsbefohlenen herbeiführt, während der schuldumfassende Unrechtstatbestand des § 361 Z. 9 in dem Herbeiführen irgendeiner Übertretung des Aufsichtsbefohlenen bestehen müsste. Eine allgemeine Voraussehbarkeit in dem Sinne, daß der Aufsichtspflichtige damit rechnen konnte, der Aufsichtsbefohlene könne "irgend etwas Strafbares begehen" ¹⁾, reicht daher für § 143 nicht aus.

Gegen diese Ansicht spricht auch, dass das von § 143 in erster Linie geschützte Interesse der Allgemeinheit an der Wahrung und Aufrechterhaltung der strafrechtlich geschützten Gemeinschaftsordnung je nach der Straftat, welche der Aufsichtsbefohlene begangen hat, mehr oder weniger stark beeinträchtigt wird. Auch die Beeinträchtigung des sekundären Schutgutes des § 143 - der gesunden sittlich-rechtlichen Persönlichkeitsentwicklung des Aufsichtsbefohlenen - hängt in starkem Maße von der Straftat ab, deren Begehung dem Aufsichtsbefohlenen durch die Aufsichtspflichtverletzung ermöglicht wurde. Die Schwere des Unrechts der Aufsichtspflichtverletzung hängt daher von der konkreten Straftat des Aufsichtsbefohlenen ab, was der Gesetzgeber durch Festsetzung eines weiten Strafraumens anerkannt hat ²⁾. Vorsatz und Fahrlässigkeit des Aufsichtspflichtigen müssen sich somit auf die konkrete Straftat beziehen, die

1) Vgl. Fritz Niederschriften (V), S. 102.

2) Vgl. oben S. 144.

der Aufsichtsbefohlene begangen hat ¹⁾.

Für diese und gegen die von Lange und Fritz vertretene Auffassung spricht ferner, dass § 143 geschaffen wurde, weil die allgemeinen Vorschriften über die Mitwirkung an fremder Straftat nicht ausreichten, um die Aufsichtspersonen für die infolge Aufsichtspflichtverletzung begangenen Straftaten Aufsichtsbefohler zur Verantwortung ziehen zu können. Da die Haftbarkeit der Aufsichtspflichtigen über die nach allgemeinen Vorschriften strafbare Mitwirkung an fremder Straftat hinaus ausgedehnt werden sollte, erfasst § 143 im wesentlichen die fahrlässige Beteiligung an einer bestimmten Verbrechen- oder Vergehenshandlung des Aufsichtsbefohlenen ²⁾.

3. Auch der Auffassung Schweikerts ³⁾, § 143 sei ein Risikodelikt, kann nicht beigeprägt werden. Er geht davon aus, dass den Deliktstypen mit sogenannten objektiven Bedingungen der Strafbarkeit in aller Regel der Risikogedanke zugrunde liegt ⁴⁾. Die von dem Vorsatz oder der Fahrlässigkeit umfassten Merkmale der betreffenden Deliktstypen stellten das riskante Verhalten dar, während die objektive Strafbarkeitsbedingung als der riskierte Umstand- oder das Risikomerkmäl - erscheine. Risikoumstand könne ein durch das riskante Verhalten verursachter Er-

1) Vorsatz und Fahrlässigkeit des Aufsichtspflichtigen müssen die Straftat des Aufsichtsbefohlenen nicht in allen Einzelheiten ihrer Ausführung, sondern nur in ihren Wesensmerkmalen umfassen, die der Tat im gegebenen Falle ihr strafrechtlich besonderes Gepräge geben.

2) Bei vorsätzlicher Beteiligung tritt § 143 wegen seiner absoluten Subsidiarität in jedem Falle hinter die allgemeinen Vorschriften zurück.

3) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 400, 401, 407 f.; ders., Tatbestandslehre, S. 87 f.

4) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 400.

folg ¹⁾ oder ein sonstiger gleichzeitig mit dem riskanten Verhalten gegebener Umstand ²⁾ oder ein unabhängig von dem riskanten Verhalten später eintretender Umstand ³⁾ sein. Das als Vorsatz- oder Fahrlässigkeitstat vertyppte "riskante Verhalten" berge im allgemeinen die Gefahr in sich, dass der fragliche Umstand bei der Vornahme des riskanten Verhaltens gegeben sei oder durch dessen Vornahme eintreten werde. Da es sich also bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen regelmässig um Umstände handle, die typisch im Risiko einer Vorsatz- oder Fahrlässigkeitstat lägen ⁴⁾, gehörten sie als Risikoumstände zum Unrechtstatbestand des betreffenden Delikts ⁵⁾. Sie müssten auch von der Schuld umfasst sein, denn in einem konsequenten Schuldstrafrecht müsse sich die Schuld auf alle Umstände erstrecken, die für das tatbestandsmässige Unrecht erheblich seien ⁶⁾. Der Gesetzgeber habe jedoch Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht auf sie bezogen ⁷⁾. Für diese sogenannten objektiven Strafbarkeitsbedingungen müsse es daher

-
- 1) Ein solcher Risikoumstand sei die Rauschtat in § 330 a und die Straftat des Aufsichtsbefohlenen in § 143. Wer sich bis zur Zurechnungsunfähigkeit berausche bzw. ein Kind oder einen Jugendlichen unzureichend beaufsichtige, riskiere damit, dass er bzw. der Aufsichtsbefohlene eine mit Strafe bedrohte Handlung begehe. Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 403, 407 f.; ders., Tatbestandslehre, S. 87 f.
 - 2) Ein solcher "koexistenter Risikoumstand" sei die "Rechtmässigkeit der Amtsausübung" in § 113. Wer Widerstand leiste, müsse damit rechnen, dass der Vollstreckungsbeamte rechtmässig vorgehe und müsse daher das Risiko seines Handelns tragen, wenn sich herausstelle, dass der Vollstreckungsbeamte sein Amt rechtmässig ausgeübt habe. Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 408; ders., Tatbestandslehre, S. 88.
 - 3) "Die Nichterweislichkeit der ehrenkränkenden Tatsache" in § 186 könne einen solchen Risikoumstand darstellen. Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 408.
 - 4) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 400.
 - 5) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 401.
 - 6) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 401 f.; ders., Tatbestandslehre, S. 87, 91.
 - 7) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 400.

noch eine weitere Form strafrechtlicher Schuld geben, die weniger erfordere als die Fahrlässigkeitsschuld, aber dennoch mit dem Schuldhaftungsprinzip vereinbar sei ¹⁾. Dies sei die Risikoschuld. Da dem als Vorsatz- oder Fahrlässigkeitstat vertypsten riskanten Verhalten das Risiko inhärent sei ²⁾, nehme derjenige, der die von Vorsatz oder Fahrlässigkeit umfassten Tatbestandsmerkmale verwirkliche und sich somit schuldhaft riskant verhalte, das Risiko auf sich, dass der betreffende Risikoumstand vorhanden sei bzw. eintreten werde ³⁾. Der strafrechtliche Schuldvorwurf, der dem Täter in bezug auf den Risikoumstand gemacht werden könne, bestehe also in dem Eingehen des Risikos ⁴⁾.

Es braucht an dieser Stelle nicht näher darauf eingegangen zu werden, ob der Vorwurf, der Täter habe sich riskant verhalten und damit etwas getan, mit dem das Risiko des Vorliegens oder Eintretens eines bestimmten Umstandes verbunden sei, einen strafrechtlichen Schuldvorwurf darstellt und die strafrechtliche Risikohaftung daher in jedem Falle dem Schuldhaftungsprinzip genügt ⁵⁾. Besteht

1) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 394.

2) Vgl. Schweikert, Tatbestandslehre, S. 149.

3) So: Schweikert, ZStW 70, S. 402 f.; ders., Tatbestandslehre, S. 87.

4) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 398 f.

5) Das "riskante Verhalten" ist m.E. keine eigenständige strafrechtliche Schuldkategorie. Ist durch das riskante Verhalten ein bestimmter Erfolg verursacht worden, so gestaltet Schweikert die Risikoschuld so aus, dass sie einer Fahrlässigkeitsschuld entspricht. Insoweit stellt also auch die strafrechtliche Risikohaftung eine Schuldhaftung dar und genügt somit dem Schuldhaftungsprinzip. Anders ist es jedoch bei den Umständen, die unabhängig von dem riskanten Verhalten gegeben sind oder eintreten. Wenn Schweikert in diesen Fällen dem Täter lediglich vorwirft, er habe sich riskant verhalten und damit etwas getan, was die Möglichkeit in sich schliesse, dass der fragliche Umstand gegeben sei oder eintreten könne, so reicht das zur Begründung eines strafrechtlichen Schuldvorwurfs hinsichtlich des Vorhandenseins oder Eintretens des fraglichen Umstandes nicht aus. Die strafrechtliche Risikohaftung stellt also in diesen Fällen keine Schuldhaftung dar und

nämlich der riskierte Tatumstand in einem durch das riskante Verhalten verursachten Erfolg, so verlangt Schweikert für den Eintritt der strafrechtlichen Risikohaftung, dass zwischen dem riskanten Verhalten und dem Risikoumstand ein adäquater Kausalzusammenhang besteht ¹⁾ und dies dem Täter nach seinen persönlichen Erkenntnismöglichkeiten auch erkennbar gewesen ist ²⁾. Das riskante Verhalten muss also erfahrungsgemäss geeignet sein, den riskierten Erfolg herbeizuführen. Ferner muss der Täter auch nach seinen persönlichen Fähigkeiten imstande gewesen sein zu erkennen, dass sein Verhalten zu dem betreffenden Erfolg führen könnte. Da der durch das riskante Verhalten herbeigeführte Erfolg objektiv und auch dem Täter erkennbar gewesen sein muss, ist wohl kaum eine Risikoschuld denkbar, die nicht auch Fahrlässigkeitsschuld ist ³⁾.

.. widerspricht insoweit dem Schuldhaftungsprinzip des geltenden Rechts. Vgl. auch die überzeugenden Ausführungen bei Kaufmann, S. 145, 177 f. - Gegen die Lehre von der Risikoschuld hat sich insbesondere auch Lang-Hinrichsen mit eingehender Begründung in ZStW 73, S. 221 - 224 ausgesprochen. Ihm gebührt auch das Verdienst, wiederholt - z.B. in ZStW 73, S. 210 ff., Civitas 1963, S. 212 ff. - vor einer Aushöhlung des Schuldprinzips gewarnt und auf bedenkliche Entwicklungen der Schuldlehre in der Gegenwart hingewiesen zu haben.

- 1) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 406. Bei den anderen Risikoumständen, die unabhängig von dem riskanten Verhalten gegeben sind oder eintreten, braucht dagegen kein Kausalzusammenhang zwischen dem riskanten Verhalten und dem Risikoumstand zu bestehen; vgl. Schweikert ZStW 70, S. 406, 408.
- 2) Vgl. Schweikert, ZStW 70, S. 407.
- 3) So: Kaufmann, S. 145 Fn. 126. Schweikert erkennt selbst an (ZStW 70, S. 406), dass der objektiv erkennbare adäquate Zusammenhang dem Merkmal der objektiven "Voraussehbarkeit" bzw. "Erkennbarkeit" bei den Fahrlässigkeitsdelikten entspricht. Vgl. auch ZStW 70, S. 407: "Zwischen der 'Voraussehbarkeit' bei den Fahrlässigkeitsdelikten und dem 'erkennbaren adäquaten Zusammenhang' bei den Risikodelikten dürfte kein Unterschied sein".

Bei einem riskierten Erfolg entspricht also der Vorwurf des riskanten Verhaltens dem der fahrlässigen Erfolgsverursachung.

Für § 143 bedeutete dies, dass sich die Fahrlässigkeits- oder Risikoschuld des Aufsichtspflichtigen darauf beziehen muss, dass der Aufsichtsbefohlene infolge der unzureichenden Beaufsichtigung eine als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohte Handlung begeht ¹⁾. Wie vorstehend bereits ausgeführt wurde ²⁾, muss jedoch die konkrete Straftat des Aufsichtsbefohlenen von dem Vorsatz oder der Fahrlässigkeit des Aufsichtspflichtigen umfasst sein.

4. Der hier vertretenen Auslegung des § 143 ist somit der Vorzug zu geben. Die bestimmte Verbrechen- oder Vergehenshandlung, die der Aufsichtsbefohlene infolge der unzureichenden Beaufsichtigung begeht, ist also ein Tatbestandsmerkmal des § 143. Diesen tatbestandsmässigen Erfolg der mangelhaften Überwachung muss der Täter vorsätzlich herbeigeführt oder schuldhaft-fahrlässig verursacht haben.

1) Vgl. oben S. 155 Fn. 1; sowie Schweikert ZStW 70, S. 407 f. und Tatbestandslehre, S. 87 f.

2) Vgl. oben S. 153 f.

LEBENS LAUF

Am 8. November 1936 wurde ich als Sohn des Prokuristen Arthur Kaltoven und seiner Ehefrau Else, geb. Delling in Zeitz/Sachsen geboren. Nach Besuch der Volksschulen in Lucka und Meuselwitz/Thüringen besuchte ich die Realgymnasien in Ludwigsburg b. Stuttgart und Mainz. Hier legte ich 1957 die Reifeprüfung ab und studierte anschliessend ein Semester Betriebswirtschaft und acht Semester Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt / M. und der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz. Am 13.3.1962 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz die 1. juristische Staatsprüfung. Seit dem 5. April 1963 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen. Am 20. Juli 1965 bestand ich die mündliche Doktorprüfung vor der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität.

